UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Des Enfants

Adultérins et Incestueux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Ès-Sciences juridiques)

PAR

HENRI BOUVET

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549824_0011

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE

Personnel

MM. PISON, doyen honoraire.

BRY, doyen, professeur de Droit romain, chargé des cours de Pandectes et de Législation industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit civil, chargé des cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat) et de Droit civil (Capacité).

VERMOND, assesseur du Doyen, professeur de Droit romain, chargé du cours de Pandectes.

MOREAU, professeur de Droit administratif, chargé des cours de Droit administratif approfondi et de Législation financière.

AUDINET, professeur de Droit international, chargé d'un cour de Droit civil.

BONNECARRÈRE, professeur de Droit commercial, chargé des cours d'Enregistrement et Notariat et de Droit maritime.

RIPERT, professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit administratif (Capacité) et des cours de Droit civil approfondi et comparé.

PERROUD, professeur de Procédure civile, chargé d'un cours de Droit civil (Capacité).

RAYNAUD, professeur d'Économie politique, chargé du cours d'Économie politique (Doctorat).

AUBRY, agrégé, chargé des cours d'Économie politique (Licence) et d'Histoire des Doctrines économiques (Doctorat).

DUMAS, agrégé, chargé des cours d'Histoire générale du Droit français (Licence) et d'Histoire du Droit public (Doctorat).

PERRINJAQUET, chargé des cours de Droit international public (Licence et Doctorat).

HAYEM, chargé du cours de Droit criminel.

JOUGLA, secrétaire.

L'Université et la Faculté n'entendent donner, par leur visa, aucune approbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Des Enfants

Adultérins et Incestueux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Ès-Sciences juridiques)

ACAD.
LEGISLAT.
BIBL.

PAR

HENRI BOUVET

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

UNIVERSITÉ PARIS-MARNE-LA-VALLÉE — BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PARIS

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON PARRAIN, A MA MARRAINE

en témoignage de mon affection et de ma reconnaissance

INTRODUCTION

—

« Il est impossible que la République vaille rien si les familles qui sont les piliers d'icelle, sont mal fondées » disait un vieil auteur. Le lien qui unit l'Etat à la famille est si fort que la vitalité de l'un dépend de la prospérité de l'autre et que l'ensemble de la nation vaudra ce que valent les petites organisations qui la composent. Si la famille subit quelque choc, la société en est ébranlée et si on arrivait à la détruire tout s'écroulerait autour d'elle.

Platon croyait qu'en supprimant les liens de famille un même lien fraternel unirait tous les citoyens et qu'ainsi règnerait la parfaite harmonie dans l'Etat. Aristote a dénoncé avec force cette danereuse illusion, montrant que si elles ne se concentrent sur quelques personnes en particulier, nos affections se dissolvent et se perdent « comme dans la mer une goutte de miel ». Il faut à l'individu une organisation qui le touche de près et à laquelle il se dévouera sans faire l'abnégation de sa propre personnalité. Consacrant ses efforts à la prospérité et au développement de ce groupe, il servira plus utilement et plus allégrement la cause commune que si on lui demande de se consacrer directement à elle. Les Romains avaient

admirablement compris le rôle prépondérant que la famille joue dans les destinées d'un peuple. Le *paterfamilias* y exerçait cette *patria potestas* qui, par l'unité et la discipline, donnait à la famille la plus grande force de cohésion. Fondée sur des groupements aussi fortement organisés, la République romaine fut inébranlable pendant de longs siècles.

La famille a aussi une importance sociale considérable. Les soins assidus qu'exige pendant de longues années la faiblesse de l'enfant, les exemples et les enseignements qui, imprimant à son esprit une heureuse direction, feront de lui un citoyen utile à ses semblables, demandent un dévouement que la famille seule est en état de donner.

S'inspirant de ces idées, le Code civil a fortement organisé la famille autour du mariage. Il a frappé tout ce qui porte atteinte à cette institution et éliminé les éléments de désorganisation.

Pour distinguer le mariage des unions illicites qui le copient et des unions criminelles qui le détruisent, il fallait prendre une mesure aussi énergique que douloureuse : distinguer entre les enfants issus des diverses unions. Le concubinage porte atteinte à la société parce qu'il détourne du mariage ; les enfants qui en sont issus devront avoir une situation inférieure à celle des enfants légitimes. L'adultère et l'inceste vicient le mariage dans ses racines mêmes, il faut donc traiter les enfants qui naissent de ces crimes avec une sévérité toute particulière. Le jour où tous les enfants auront des droits égaux, il n'y aura plus entre le mariage et l'union libre que l'épaisseur d'un parchemin et la famille ne sera plus qu'une supercherie.

Telles sont les idées générales dont les rédacteurs du

Code civil se sont inspirés pour régler la situation des enfants. Depuis, de profonds changements se sont manifestés dans les idées et dans les mœurs. L'idée de famille s'est affaiblie, et l'individu a cherché à se soustraire aux obligations qu'elle crée ; il y a une tendance à accorder à l'individu une autonomie toujours plus grande au détriment du groupe familial, on veut laisser à chacun la libre organisation de sa vie privée en supprimant le contrôle des proches. L'intérêt des membres l'emporte sur l'intérêt collectif du groupe. Il serait facile de noter dans notre législation les signes de cet esprit nouveau. Dès lors, la situation des enfants nés hors mariage a été remise en discussion. Les enfants adultérins et incestueux ont une situation inférieure parce qu'ils portent atteinte à l'organisation de la famille ; si l'importance de cette conséquence est mise en doute, il devient évident que la condition des enfants du crime doit être transformée, car on ne peut continuer à faire peser sur eux le poids de la faute des autres.

Si notre législation tend vers la suppression des liens de famille, il faut reconnaître que les mœurs facilitent cette évolution. L'adultère n'est plus regardé avec la même indignation, le monde l'excuse quand il ne le favorise pas, la loi qui le punit est presque tombée en désuétude.

En présence de ces tendances nouvelles il est permis de se demander s'il ne convient pas de modifier les textes qui régissent la condition des enfants nés de l'adultère et de l'inceste. Cette question est délicate, car elle touche de près l'institution du mariage à laquelle on risquerait fort de porter atteinte en le solutionnant avec imprudence. L'enfant adultérin doit avoir une situation inférieure afin

que l'union illicite se distingue de l'union légale, afin que le mariage et la famille soient sauvegardés.

D'un autre côté en présence des tendances modernes, il devient difficile de continuer à punir un enfant pour une faute dont il n'est pas coupable, alors que la loi et les mœurs absolvent aussi facilement les parents. En un mot, il faut améliorer la situation des enfants adultérins et incestueux sans porter atteinte à l'institution du mariage et à l'organisation de la famille ; tel est le grave problème que nous essayons de résoudre.

Les partisans de l'union libre se sont emparés de cette question et réclament la modification de cette législation ; ils espèrent marcher ainsi vers l'assimilation des enfants, ce qui serait le préliminaire de la suppression du mariage ; or ceux qui comprennent l'utilité sociale du mariage doivent accomplir eux-mêmes la réforme, car ils pourront le faire sans porter atteinte à la famille.

PREMIÈRE PARTIE

Leur filiation.

L'Etat est une agrégation de petites organisations composées à son image et appelées familles. La famille elle-même est constituée par un ensemble d'individus unis les uns aux autres par les liens de la parenté et de l'alliance. Lorsque ce lien unit un père ou une mère à leur enfant ou réciproquement, il prend le nom de la Paternité ou Filiation.

On peut donc définir la filiation : le lien de parenté qui unit une personne à une autre dont elle descend immédiatement.

On distingue trois sortes de filiation : la filiation légitime, la filiation adoptive, la filiation naturelle.

La filiation naturelle dérive du commerce de deux personnes non mariées ensemble. Les enfants qui en sont issus sont appelés illégitimes et se subdivisent eux-mêmes en deux classes : les enfants naturels simples et les enfants adultérins ou incestueux. Sont naturels simples ceux qui sont issus de deux personnes non mariées, mais qui auraient pu l'être valablement au moment de la conception.

Il peut paraître plus délicat de définir les enfants adultérins ou incestueux, car l'adultère et l'inceste ne sont dé-

finis nulle part dans la loi française. Cependant la tradition et la coutume nous éclairent suffisamment sur le sens de ces mots et il ne saurait y avoir doute sur ce point. La loi romaine définit l'Inceste : *Nefaria viri ac fœminæ commixtio inferens coutumeliam sanguinis vel affinitatis*, et le droit canonique « une conjonction illicite entre ceux qui sont parents ou alliés au degré prohibé pour le mariage ». Seront donc incestueux les enfants issus du commerce de deux personnes qui à l'époque où ces enfants ont été conçus n'auraient pu se marier entre elles par suite d'un empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance. Quant à l'adultère il est puni par les articles 337, 338 et 339 du Code pénal et peut se définir : une conjonction illicite entre une personne mariée et une autre que son conjoint.

Seront donc adultérins les enfants issus du commerce de deux personnes qui, à l'époque où ces enfants ont été conçus n'auraient pu se marier entre elles par suite d'un empêchement résultant de l'existence d'un premier mariage.

Pour déterminer la qualité d'un enfant c'est au moment de la conception qu'il faut se placer et non pas au moment de la naissance. Ce point autrefois contesté ne fait plus de doute aujourd'hui. Mais le fait de la génération est couvert d'un voile mystérieux. La grossesse est soumise à des lois variables, laissant incertaine l'époque de la conception. On ne pouvait laisser aux magistrats le soin de déterminer selon les circonstances le moment précis de la conception, les décisions vraiment extraordinaires de notre ancienne jurisprudence démontraient la nécessité d'une règle légale. A l'exemple du droit romain, le Code civil a fixé deux limites extrêmes : l'une pour les gestations les

plus courtes, l'autre pour les gestations les plus longues. Ces limites basées sur les observations scientifiques varient entre 180 et 300 jours. Par conséquent l'enfant sera réputé conçu entre le 300e jour et le 180e qui ont précédé sa naissance.

Ces règles établies à propos de la filiation légitime doivent être étendues à la filiation naturelle. Sans doute les textes qui édictent des présomptions légales doivent être interprétés restrictivement, mais il est permis de croire que le législateur en fixant l'époque de la conception n'a pas exclusivement songé aux enfants légitimes. Ces règles sont générales ; on a voulu soustraire l'état des personnes à l'appréciation arbitraire des tribunaux ; cela résulte de l'esprit de la loi et de l'ensemble de ses dispositions.

Il en résulte que l'enfant sera incestueux, si ses deux auteurs sont parents ou alliés au degré prohibé pour le mariage au moment de sa conception. De même, il sera adultérin si au moment de sa conception ses deux auteurs ou un seul est engagé dans les liens d'un mariage non dissous.

La bonne foi des parents, ignorant la criminalité de leur commerce ne changerait pas le caractère de l'enfant, alors même que l'erreur serait fondée sur des actes émanés de l'autorité publique. Ainsi une femme est informée par le gouvernement du décès de son mari en état d'absence, elle noue des relations avec un tiers et le mari revient. Cette femme ne sera peut-être pas coupable du délit d'adultère (1) mais son enfant n'en sera pas moins adultérin (2).

(1) Pothier, *Successions*, chap. I, sect. 2, p. 5, quest. 1 ; Bedel, *Traité de l'adultère*, chap. IV, n° 37.

(2) Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, III, p. 556 ; Demolombe, V, p. 350.

Non seulement la loi a déterminé l'époque de la conception, mais elle a soumis la preuve de la filiation à des règles précises et rigoureuses. Pour favoriser la famille et encourager le mariage elle a largement admis la preuve de la filiation légitime. Elle a rendu difficile la preuve de la filiation naturelle, sans l'admettre toujours. Elle a enfin prohibé de la façon la plus absolue l'établissement de la filiation aldultérine ou incestueuse.

C'est ce dernier point qu'il nous faut examiner. L'enfant adultérin ou incestueux ne saurait établir sa filiation ni par la production d'une reconnaissance volontaire émanée de ses auteurs ou de l'un deux, ni par une recherche en justice, ni par une possession d'état constante. Cependant la jurisprudence effrayée par les conséquences d'un principe aussi absolu a parfois reculé, et tout en admettant le principe, elle en a souvent éludé les conséquences nécessaires.

CHAPITRE PREMIER

DE LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE

PREMIÈRE SECTION

La reconnaissance est interdite (1).

Aux termes de l'article 335 la reconnaissance « ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin ». La question de savoir quand il y a reconnaissance interdite, c'est-à-dire révélant le vice d'inceste ou d'adultère est obscure et complexe. Il nous faut examiner les différents cas qui peuvent se présenter et distinguer pour plus de netteté entre les enfants adultérins et les enfants incestueux.

ENFANTS ADULTÉRINS

1re *hypothèse.* — L'enfant est reconnu dans un seul et même acte par deux personnes dont une seule et libre. —

(1) Il en est de même en Italie, Espagne, Portugal. V. *Eléments de Droit civil espagnol*, Lher, II, p. 104 ; *Code civil portugais*, art. 122, Laneyrie et Dubois ; *Code civil italien*, 1er juin 1866, Hue et Orsier.

Il est incontestable que la reconnaissance émanée de la personne mariée est nulle ; elle tombe directement sous la prohibition de l'article 335. Mais que décider en ce qui concerne celle émanée de la personne libre ? Certains auteurs soutiennent qu'elle est valable et que l'enfant sera naturel simple vis-à-vis de cette personne.

La reconnaissance émanée de la personne mariée, disent-ils, est nulle, inexistante même ; elle n'aurait pas dû être reçue par l'officier public, il ne faut donc lui donner aucun effet. Or ce serait lui attacher quelque valeur que de lui permettre de faire tomber la reconnaissance de la personne libre. *Utile per Inutile non vitiatur.* Ce raisonnement est contestable. Cet acte, en effet, ne contient pas deux reconnaissances distinctes, détachées l'une de l'autre, indépendantes. Il n'existe qu'une reconnaissance faite corrélativement par le père et par la mère. Les deux déclarations se lient ; on ne peut les prendre isolément et s'il résulte de l'une que l'enfant est adultérin, l'autre ne peut avoir pour résultat de le rendre naturel simple. D'ailleurs la loi est trop formelle pour décider le contraire ; elle ne veut pas que la filiation de l'enfant soit connue et la proclamation de cette filiation dans un acte authentique ne peut avoir pour résultat de changer un enfant adultérin en enfant naturel simple.

Aussi la jurisprudence est-elle fixée, elle annule l'acte tout entier (1).

(1) Demolombe, V, 574 ; Aubry et Rau, VI, 572 ; Laurent, IV, 145 ; Planiol, II, 484 ; Arcis-sur-Aube, 23 février 1893, D., 1893, 2, 561 ; Cass., 17 juillet 1900, D., 1900, 1, 558, S., 1901, 1, 345 ; Cass., 19 novembre 1907, S., 1909, 1, 210, *Contra*, Duranton, III, 202 ; Dijon, 27 août 1819 et Cass., 11 novembre 1819 ; S., 1819, 2, 153 et 1820, 1, 221.

2° *Hypothèse.* — L'enfant est reconnu dans deux actes distincts, par deux personnes dont l'une était mariée à l'époque de la conception.

La question est la même que dans l'hypothèse précédente, mais se pose dans des termes différents. Il est certain que la reconnaissance émanée de la personne mariée à l'époque de la conception est nulle. Celle de la personne libre est-elle nulle comme invinciblement liée à celle de la personne mariée ou bien profitant de l'inexistence de l'autre serait-elle valable? La difficulté est grande et a donné lieu à de multiples controverses.

Eliminons tout de suite un premier cas. Si l'enfant était reconnu par une femme mariée sans indication du père, la reconnaissance qui en serait faite ensuite par un homme libre serait sans valeur. L'enfant étant conçu pendant le mariage naît légitime, sauf au mari à exercer l'action en désaveu lorsqu'il y est admis. De même si la mère libre reconnaît son enfant, sans indiquer le père marié, l'enfant sera naturel simple. Pour le déclarer adultérin il faudrait rechercher la paternité ce qui est interdit. Mais supposons qu'un homme marié à l'époque de la conception reconnaisse un enfant né d'une femme libre ou réciproquement qu'une femme mariée reconnaisse un enfant déjà reconnu par un homme libre. Laurent admet la nullité de la reconnaissance émanée de la personne libre. « Le caractère adultérin de l'enfant, dit-il, résulte de la combinaison des deux actes de reconnaissance. » Un homme marié reconnaît un enfant né d'une femme libre, puis la femme reconnaît le même enfant sans désigner le père ; sa reconnaissance ne doit avoir aucune valeur, car le père s'est nommé lui-même. Puisque dans l'hypothèse précédente, nous avons admis que la nullité de l'une viciait

l'autre, par suite de l'indivisibilité des deux déclarations, il doit en être de même ici ; la question de date importe peu sur le caractère indivisible des deux déclarations.

Il faut reconnaître que cette interprétation est rigoureuse et qu'elle est conforme à l'esprit de la loi. Et cependant elle a été repoussée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence. On admet que la reconnaissance émanée de la personne libre est valable, les deux déclarations pouvant parfaitement se diviser.

Cette solution est certainement plus pratique que la précédente. Avec la théorie de Laurent il suffirait qu'un homme marié reconnaisse un enfant né d'une autre femme que la sienne pour le priver à tout jamais d'une filiation. Sa reconnaissance, grâce à sa nullité, ne pourrait être rétorquée contre lui ; elle ne pourrait lui être nuisible, et par caprice, haine ou intérêt il priverait un enfant de sa mère. De plus, comment savoir si la déclaration de cet homme est sincère : le fait de la paternité est couvert d'un voile, tandis que celui de la maternité est certain.

L'opinion personnelle de cet homme peut être fausse et il peut faire de bonne foi une déclaration inexacte. Si, d'un autre côté, on fait toujours prévaloir la reconnaissance de la mère, on établit à son égard une présomption de sincérité, qui peut être erronée et qui d'ailleurs ne se trouve nulle part dans la loi.

En présence de ces incertitudes la jurisprudence décide avec raison que la reconnaissance émanée de la personne libre est valable et qu'elle n'est pas infirmée par la déclaration de la personne mariée que celle-ci soit antérieure ou postérieure (1).

(1) Laurent, IV, 146 ; Demolombe, V, 577 ; Duranton, III,

3e *Hypothèse.* — L'enfant est reconnu par un seul auteur, mais celui-ci désigne dans l'acte une personne mariée comme autre auteur.

1er *Cas.* — Eliminons tout de suite le cas où une femme mariée déclarerait dans un acte que son enfant est d'un autre que son mari. Il est certain que la déclaration serait nulle pour le tout, car l'enfant conçu pendant le mariage, naît sous la présomption de l'article 312, et a pour père le mari, sauf à celui-ci à exercer l'action en désaveu s'il y est admis. Si l'enfant était désavoué, il serait adultérin et la déclaration de la mère n'aurait pas eu pour effet de le rendre naturel simple vis-à-vis de l'homme libre désigné dans l'acte comme co-auteur.

2e *Cas.* — Un homme libre reconnaît un enfant et désigne une femme mariée comme mère. On admet généralement la nullité de la reconnaissance du père et de l'indication de la mère. En effet cette hypothèse constitue au premier chef une reconnaissance de paternité adultérine ; c'est par l'indication de la mère que l'enfant est individualisé ; que l'on n'objecte pas que cette indication est nulle, qu'elle n'aurait pas dû être reçue, elle n'en est pas moins un des éléments constitutifs de la déclaration faite par le père, elle donne à la paternité une couleur adultérine et l'acte ne saurait être scindé. L'enfant sera donc légitime et s'il est désavoué par le père, la reconnaissance de l'homme libre ne vaudra même pas comme reconnaissance d'enfant naturel simple. Mais si l'enfant désavoué, par conséquent adultérin voulait pour jouir d'une situation d'enfant naturel simple contester l'identité de la

206 ; Aubry et Rau, VI, 572 ; Toulier, 1415 ; Planiol, I, 1484 ; Bastia, 18 août 1815, D., 1845, 2, 135, Cass., 28 juin 1815 ; S., 18.5, 1, 329.

femme indiquée dans l'acte avec celle qui lui est attribuée pour mère par l'indication du père, celui-ci serait admis à prouver cette identité par témoins et même par simples présomptions (1).

3° *Cas.* — Un homme marié reconnaît un enfant et désigne comme autre auteur une femme libre. Il suffira de comparer la date de la reconnaissance et celle du mariage pour faire éclater le vice d'adultérinité et annuler une telle reconnaissance. De plus l'indication de la mère sera sans valeur. La mère pourra reconnaître son enfant et il sera dans ce cas naturel simple, et s'il n'est pas reconnu, il pourra rechercher sa maternité.

En effet nous avons admis qu'une reconnaissance faite simultanément par un auteur libre et un auteur marié rendait nulle la reconnaissance de l'auteur marié et laissait valable celle de l'auteur libre. A plus forte raison devons-nous laisser ici à la mère le droit de reconnaître son enfant (2).

4° *Cas.* — Une femme libre reconnaît un enfant et désigne comme autre auteur un homme marié. Deux opinions sont en présence :

a. — L'indication de l'homme marié est sans valeur et la reconnaissance de la mère devra être retenue comme

(1) Laurent, IV, 144 ; Demolombe, V, 575 ; Aubry et Rau, VI, 572 ; Planiol, I, 1484 ; Bastia, 18 août 1845 ; J. P., 2, p. 789 ; Bordeaux, 17 novembre 1859, S., 1860, 2, 5 ; Limoges, 19 mars 1862 ; S., 1862, 2, 285 ; Paris, 17 février 1868 ; S., 1868, 2, 314 ; Seine, 7 février 1884, *Gaz. P.* 1884, 1, 512 ; Paris, 12 février 1884, *Gaz. P.*, 1884, 2, supplém. II ; *Contra*, Bourges, 15 juillet 1859, D., 1859, 2, 208 ; Cass., 7 janvier 1852, S., 1852, 1, 75.

(2) Cass., 25 juin 1877, S., 1878, 1, 217.

reconnaissance d'enfant naturel simple. En effet, la mère n'avait pas qualité pour désigner le père et sa déclaration n'aurait pas dû être consignée. Cette indication est par conséquent nulle et ne saurait empêcher la reconnaissance de produire son plein et entier effet. Que l'on n'objecte pas que nous avons admis la nullité de la reconnaissance et de la déclaration lorsque c'est un homme libre qui désigne une femme mariée ; dans ce cas en effet, l'homme était tenu de faire cette déclaration et celle-ci constatant une filiation adultérine infirmait la reconnaissance elle-même. Ici rien de semblable, la mère n'était pas tenue de faire cette déclaration et son inexistence ne saurait déteindre sur la reconnaissance. De plus l'annulation de la reconnaissance serait une recherche de paternité ; on se baserait sur la paternité pour déclarer nulle une reconnaissance d'enfant naturel ce qui serait contraire à la loi.

b. — Cette argumentation n'a pas ému la jurisprudence, qui annule la désignation et la reconnaissance elle-même. Vainement on objecte que la mère n'avait pas à déclarer le père, que l'officier public n'aurait pas dû consigner cette indication, il suffit qu'elle existe. La question n'est pas de savoir quelle est sa force probante, il suffit qu'elle constate une filiation adultérine. Ce n'est pas là comme on veut le dire une recherche de paternité c'est une vérification d'identité, qui a pour but de déterminer le sens de la déclaration de la mère. S'il en était autrement, on se moquerait de la loi, car on se prévaudrait de la nullité d'un acte qu'elle défend pour le tourner à son profit. Il n'y a pas à le nier, nous sommes en présence d'une reconnaissance adultérine et c'est tourner la loi qu'argumenter pour donner quelque valeur à cet acte.

Par conséquent, la mère pourra refaire une reconnaissance valable en ne désignant pas le père, sinon l'enfant sera admis à la recherche de sa maternité (1).

Enfants incestueux.

1re *Hypothèse.* — L'enfant est reconnu dans un seul et même acte par deux auteurs parents ou alliés au degré prohibé pour le mariage.

Cette reconnaissance est évidemment nulle. L'inceste est établi par l'acte même de reconnaissance et il n'y aurait aucune raison pour maintenir une déclaration plutôt que l'autre. En admettant même que les deux auteurs n'aient pas indiqué dans l'acte la parenté ou l'alliance qui les unit, la nullité n'en résultera pas moins, car on pourra vérifier l'identité des déclarants sans faire pour cela une recherche de filiation incestueuse.

Duranton propose bien de maintenir la déclaration de la mère, qui seule à ses yeux a de la valeur, mais cette opinion ne saurait être admise, la réunion des deux déclarations faisant nettement apparaître le vice (2).

2e *Hypothèse.* — L'enfant est reconnu dans deux actes séparés par les deux auteurs parents ou alliés au degré prohibé.

La question a donné lieu à de graves débats et de nombreuses opinions ont été proposées. Et, en effet, chacune des deux déclarations considérée séparément est valable

(1) Bourges, 12 juillet 1859, D., 1859, 2, 209 ; Cass., 1er mai 1861, D., 1861, 1, 241 ; Bordeaux, 17 novembre 1859, D., 1860, 2, 48 et 1861, 1, 244 ; Laurent, IV, 143 ; Demolombe, V, 576.

(2) Demolombe, V, 579 ; Laurent, IV, 149 ; Duranton, III.

comme reconnaissance d'enfant naturel simple. D'un côté ce serait violer ouvertement l'article 335 que de les maintenir toutes les deux, et d'un autre côté on ne sait trop laquelle sacrifier.

Taulier laisserait le choix à l'enfant ; il considérerait comme valable la plus avantageuse pour lui, comme si un individu pouvait au gré de son intérêt ou de son caprice se forger une filiation !

D autres, et c'est l'opinion de la jurisprudence, conservent la 1re et annulent la 2e. C'est cette dernière en effet qui révèle le vice d'inceste, et sans elle la première eut été valable. Quelques auteurs (1) cependant font une restriction et admettent que l'enfant pourra considérer les deux comme nulles et rechercher sa filiation maternelle conformément à l'article 341. Mais la 2e, malgré sa nullité, révèle le vice d'inceste par sa seule présence et vicie la 1re. Et alors pourquoi ne dirions-nous pas aussi que c'est la 1re qui révèle le vice par sa corrélation avec la 2e et dans ce cas nous maintiendrons la 2e. On en fait une question de priorité, mais l'état des personnes ne doit pas ainsi dépendre de la volonté des autres et du plus ou moins de célérité dans la reconnaissance. Et si enfin on laisse à l'enfant le droit de rechercher sa maternité, cela revient en somme à lui laisser le choix de sa filiation.

Nous avons discuté ailleurs l'opinion qui voudrait maintenir toujours la reconnaissance de la femme sous prétexte que seule la maternité est certaine, la paternité restant problématique. Nous ne l'admettons pas davantage ici, la loi seule pouvant établir des présomptions.

Il serait peut-être plus juridique d'annuler les deux.

(1) Aubry et Rau, VI. 572.

Elles sont en effet liées l'une à l'autre quoique intervenues à des dates séparées, c'est leur coexistence qui fait ressortir le vice ; l'une est viciée par l'autre. Cette solution aurait des avantages certains. Elle serait d'abord en pleine conformité avec celle de l'hypothèse précédente. On ne voit pas très bien, en effet, pourquoi il faudrait annuler les deux reconnaissances si elles sont faites dans le même acte, tandis que l'une des deux serait validée si elles sont faites par actes séparés. On éviterait ainsi de donner contrairement au vœu de la loi une filiation à un enfant dont les auteurs ont étalé publiquement leurs relations incestueuses.

Il est vrai que cette solution permettrait à l'enfant de recevoir des libéralités illimitées de ceux dont la reconnaissance quoique nulle existe cependant en fait et révèle l'inceste.

Aussi, en présence de ces incertitudes, nous préférons, dans l'état actuel de notre législation, laisser aux tribunaux le soin de choisir et de valider la reconnaissance qu'ils veulent. Cette solution, certes, n'est pas plus légale que les autres, car elle ne se base sur aucun texte ; mais elle est au moins pratique, car elle permet de tenir compte des situations acquises et des intérêts en jeu (1).

3° *Hypothèse.* — Une seule personne reconnaît l'enfant, mais elle désigne dans l'acte sa parente ou alliée comme co-auteur.

1er *Cas.* — Si le lien de parenté est constaté dans l'acte même, la reconnaissance est nulle et ne vaudra pas même

(1) Laurent, IV, 149 ; Duranton, III ; Aubry et Rau, VI, 572 ; Demolombe, V, 580 ; Beudant, II, 258 ; Labori, Rep., *Paternité et filiation.*

comme reconnaissance d'enfant naturel. On ne pourrait objecter que cette reconnaissance serait valable sans la désignation du co-auteur ; les deux déclarations sont solidaires, elles individualisent l'enfant et la lecture de l'acte nous révèle l'inceste. L'enfant pourrait toutefois contester l'identité de la femme désignée dans l'acte avec celle à laquelle on attribue la maternité. Ses adversaires pourraient dans ce cas établir l'identité par témoins et par présomptions, même sans commencement de preuve par écrit (1).

2° *Cas.* — Il se peut que le lien de parenté ne soit pas constaté dans l'acte lui-même ; que le père par exemple ait déclaré l'enfant né de telle femme sans indiquer le lien de parenté ou d'alliance qui l'unit à elle. Même dans ce cas la reconnaissance doit être frappée de nullité. On peut objecter que le comparant a fait cette déclaration pour obéir au vœu de la loi et non pour révéler l'inceste. On dit encore que la constatation de l'identité de la personne déclarée est une recherche de paternité ou de maternité. Peu importe, en effet, l'intention qui a poussé l'auteur de la reconnaissance à faire cette déclaration ; peu importe que cette déclaration ne prouve rien. Le comparant n'avait qu'à ne pas la faire et l'enfant eut été naturel simple. Mais du moment qu'elle a été faite on ne peut scinder les différentes parties de l'acte, il suffit qu'il révèle dans son ensemble une filiation incestueuse. Quant à dire que c'est une recherche de paternité, la jurisprudence répond qu'une vérification d'identité n'est pas une recherche de filiation.

(1) Demante, II, 63 *bis* ; Bastia, 18 août 1845, *Gaz. P.*, 1845, 2, 789 ; Bordeaux, 11 novembre 1859, S., 1860, 2, 5 ; Limoges, 19 mars 1862, S., 1862, 2, 255.

Du moment que nous avons annulé la reconnaissance lorsque la parenté ou l'alliance résulte de l'acte, nous devons l'annuler alors même que l'acte ne constaterait pas le lien. S'il en était autrement, il serait trop facile aux parties de tourner la prohibition de la loi (1).

SECTION II

Caractère de la nullité.

Au premier abord la question ne semble pas devoir se poser et cela pour deux raisons : l'officier public ne devra pas recevoir une reconnaissance interdite, un acte fait en dépit de la loi doit être sans valeur.

Mais il est d'une grande complexité de savoir quand un enfant est adultérin ou incestueux. L'officier public peut ignorer les difficultés de la loi et recevoir de bonne foi une reconnaissance illicite. Plus souvent il ignorera quelle était l'identité des parties au moment de la conception de l'enfant, surtout à notre époque où le divorce rend le mariage si instable. La reconnaissance peut donc être reçue, elle doit être nulle d'une nullité radicale et absolue, inexistente, l'article 335 semble bien formel pour admettre le contraire. Et cependant des auteurs d'une grande autorité ont reculé devant ce principe. L'interdiction de la recon-

(1) Laurent, IV, 148 ; Aubry et Rau, V, 572 ; *Contra*, Bourges, 12 juillet 1859, 2, 209 (cassé), 1er mai 1861, D., 1861, 1, 241. Sur renvoi arrêt conforme, Limoges, 19 mars 1862, D., 1862, 2, 72.

naissance leur semble déjà une sévérité bien grande et ils profitent de ce qu'une reconnaissance a été faite en dépit de la loi pour lui faire produire quelques effets.

Nous allons tout d'abord étudier le principe de la nullité, nous énumèrerons ensuite les conséquences qui en découlent.

Principe de la nullité

Une reconnaissance d'enfant adultérin ou incestueux est nulle d'une nullité radicale et absolue.

Après bien des hésitations ce principe à été universellement admis tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Il nous faut d'abord examiner deux décisions de Cours d'appel qui n'ont d'ailleurs pas été suivies.

a) *La cour de Nancy* frappée par la rareté d'application de l'article 762 avait décidé qu'une reconnaissance sous seing privé d'enfant adultérin ou incestueux permettrait à l'enfant de réclamer des aliments. Suivant cet arrêt l'article 335 en interdisant la reconnaissance volontaire a uniquement pour objet d'empêcher les enfants de cette qualité de venir réclamer les droits de succession des enfants naturels. Ceci est inadmissible, cette reconnaissance étant interdite ne doit produire aucun effet. Serait-elle permise, qu'elle devrait être faite dans un acte authentique et solennel, comme la reconnaissance d'un enfant naturel simple. Il n'y aurait aucune raison pour se montrer ici moins exigeant, c'est tout le contraire (1).

b) C'est aussi pour accorder des aliments à l'enfant que la *Cour de Bordeaux* (2) avait jugé qu'une reconnaissance

(1) Nancy, 20 mai 1816, S., 17, II, 149.
(2) Bordeaux, 21 décembre 1835, S. 37, 2 71.

acceptée par l'enfant lui permettrait d'invoquer l'article 762. Mais l'enfant n'a pas à rendre valable une reconnaissance que la loi déclare nulle et il n'a pas à se choisir une filiation.

Ces décisions n'ont pas été suivies et la jurisprudence est aujourd'hui parfaitement établie. Elle admet le principe de la nullité absolue d'une reconnaissance faite en violation de l'article 335 (1).

La doctrine s'est montrée plus hésitante.

a) On a soutenu (2) que la nullité de cette reconnaissance ne permet pas à l'enfant de réclamer des aliments. Mais on peut cependant s'en prévaloir contre lui pour faire annuler les libéralités faites à son profit.

On se base sur ces paroles de Duveyrier. « La reconnaissance sera impossible s'il faut l'appuyer sur l'inceste et sur l'adultère. L'officier public ne la recevra pas, et si malgré lui la reconnaissance contient le vice qui l'infecte, cette reconnaissance ne pourra profiter à l'enfant adultérin ou incestueux pour qui elle aura été faite (3). »

On fait également état des mots « ne pourra avoir lieu au profit de... » de l'article 335.

Mais ces mots ne sauraient être pris dans ce sens ; il est inadmissible que le législateur ait voulu consacrer une distinction aussi inique. L'ensemble des travaux préparatoires et l'esprit de la loi démontrent qu'elle n'est pas ainsi dirigée contre l'enfant, mais contre le scandale qui résulterait de l'établissement de sa filiation. D'ailleurs

(1) Cass., 3 février 1841, S., 41, 1, 117 et 18 février 1910, S. 1910, 2, 221.

(2) Bedel, n° 70.

(3) Locré, VI, 264.

peut-on scinder l'acte de reconnaissance, le rendre nul à un point de vue et valable à un autre ? (1)

b) Sous le bénéfice de cette observation nous rejetterons également l'opinion inverse qui voudrait permettre à l'enfant de réclamer des aliments et non de recevoir des libéralités (2). L'acte est entièrement valable et il permet à l'enfant de réclamer des aliments tout en le rendant incapable de recevoir des libéralités au delà de l'article 908 ; ou bien il est entièrement nul et par conséquent ne permet pas à l'enfant de réclamer des aliments, mais aussi ne l'empêche pas de recevoir des libéralités au-delà de l'article 908. La question est donc nettement circonscrite nous nous trouvons en présence de deux opinions diamétralement opposées et entre lesquelles il nous faut opter ; l'une nous dit : la reconnaissance faite en violation de l'article 335 vaut comme aveu de paternité, l'autre nous dit : elle est inexistante.

Examinons tout d'abord la 1re opinion :

1er *Argument.* — Elle résulte de l'esprit de la loi :

a) L'article 335 a été voté sur la proposition de la Cour de Lyon. Or cette cour avait proposé deux choses : d'abord l'établissement de peines contre les père et mère qui feraient la reconnaissance et contre l'officier de l'état civil qui la recevrait ; ensuite un texte ainsi conçu. « Les reconnaissances seront nulles comme non avenues et ne pourront donner lieu à aucune action. » Le Code n'a reproduit ni les termes de la Cour, ni les peines proposées.

(1) Demolombe, V, 583 ; Aubry et Rau, VI, 752 ; Poitiers, 7 avril 1824, D., 25, 2, 103.

(2) Fouë de Conflans, *De la Jurisprudence en matière de succession*, art. 762 ; Cass., 1er août 1827, S., 28, 1, 39 ; Bordeaux, 21 décembre 1835, D., 37, 2, 71.

C'est dire assez que l'on a rejeté l'esprit même de la proposition. Les paroles de Duveyrier déjà citées démontrent que tout ce que la loi a voulu interdire : c'est que l'enfant ait une filiation et les droits qui y sont attachés; mais les aliments sont une charité et non un droit, ils sont donc en dehors de la prohibition.

b) De plus, qu'a voulu la loi en prohibant la reconnaissance? Eviter le scandale qui résulterait de la révélation d'une telle filiation. Or la reconnaissance peut être faite quand même et le scandale produit. En annulant entièrement la reconnaissance vous allez permettre un 2e scandale : un parent adultérin ou incestueux pourra faire à l'enfant des libéralités illimitées malgré l'existence en fait de la reconnaissance. C'est ce que l'on évitera en retenant cette reconnaissance comme aveu de paternité.

En annulant entièrement la reconnaissance, un enfant reconnu contrairement à la loi pourra rechercher sa mère, devenir naturel simple, alors qu'aux yeux de tous il est adultérin ou incestueux, alors que ce vice est constaté dans un acte authentique, nul il est vrai, mais tout de même existant. C'est ce que l'on évitera en retenant la reconnaissance comme un aveu : l'enfant restera sans filiation mais ne pourra rechercher sa mère.

2e *Argument*. — Elle résulte du texte de la loi.

Si on annule entièrement la reconnaissance, les articles 908 et 762 ne recevront leur appliquation que dans les cas extrêmement rares où la filiation sera légalement prouvée. Un père ayant reconnu son enfant, se basera sur la nullité de son acte pour lui laisser sa fortune. Il se moquera de la loi en faisant une reconnaissance défendue mais qui subsiste en fait et il s'en moquera encore en laissant

ses biens à un enfant publiquement proclamé adultérin ou incestueux.

L'article 762, qui consacre le droit sacré aux aliments ne sera que rarement applicable, et les législateurs du Code civil étaient des hommes trop pratiques pour inscrire dans le Code un droit aussi illusoire.

Bien plus cet article devient inapplicable aux enfants incestueux.

Leur filiation ne pourrait être légalement établie que dans un seul cas : lorsqu'un mariage aurait été contracté de mauvaise foi entre deux parents ou alliés au degré prohibé et annulé. Or, dans ce cas, le mariage est inexistant et ne peut produire aucun effet civil.

3° *Argument.* — Elle est confirmée par les Travaux Préparatoires.

Siméon disait le 27 germinal, an XI au Corps législatif : « Un homme aura signé comme père un acte de reconnaissance sans faire connaître qu'il est marié à une autre femme que la mère du nouveau-né, ou que la mère est sa sœur ; il aura voulu faire fraude à la loi, l'enfant se présentera dans la succession pour y exercer les droits d'un enfant naturel, on le repoussera par la preuve qu'il est né d'un père qui ne pouvait légalement l'avouer, mais l'aveu de fait écrit dans son acte de naissance lui restera et lui procurera des aliments (1). »

Cette doctrine a pour elle de grands noms (2), elle est

(1) Locré, X, p. 294.

(2) Laurent, IX, 156 et suiv. ; Merlin, Rep., t. XVI. *Filiation*, nos 20 et 22 ; Toullier, II, 967 et suiv. ; Valette sur Proudhon, II, 155 ; Delvincourt, I, 90 ; Rolland de Villargues, nos 250, 342 et 349 ; Bruxelles, 29 juillet 1811, S., 11, 2, 484 ; Toulouse, 5 mars 1827, S., 27, 2, 162 ; Lyon, 25 mars 1835 ;

fort séduisante, mais elle n'a pas triomphé parce qu'elle n'est pas, malgré les apparences, conforme à l'esprit du législateur. Certes, on devrait largement en tenir compte dans une réforme législative, mais dans l'état actuel des textes, elle paraît devoir être rejetée.

a. — A l'argument tiré des travaux préparatoires, on ne peut mieux répondre qu'en citant les paroles de Duveyrier prononçées à propos de l'article 335, tandis que celles de Siméon l'ont été à propos des successions. « Rendons grâces à cette innovation morale qui écarte d'une loi si pure dans sa forme et dans son objet, ces chances pernicieuses d'infamie, ces révélations mortelles à la pudeur sociale.

On ne déchirera plus pour des passions individuelles et des intérêts particuliers, le voile épais dont l'intérêt public couvre ces écarts scandaleux et les expressions mêmes qui servent à les désigner ne seront plus prononçées que dans les jugements destinés à flétrir ceux qui oseront s'en montrer coupables (1).

b. — Ces paroles suffisamment explicites sont confirmées par l'esprit même de la loi. Il n'y a pas à faire état de la disparition de la proposition de la Cour de Lyon, car on n'a jamais su pourquoi elle n'a pas été insérée dans le Code ; il est dès lors permis d'en induire que le législateur n'a pas cru devoir la reproduire, car elle n'est que l'expression du droit commun. Lorsque le législateur a interdit la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, il n'a pas voulu faire une œuvre inutile, énonçer

S., 35, 2, 241 ; Rennes, 31 décembre 1834, S. 36, 2, 506 ; Paris, 14 décembre 1836, S., 36, 2, 63.

(1) Locré, VI, 323.

une défense illusoire parce que dénuée de sanction et très facilement éludable.

Or, l'article 335, ne comporte aucune autre sanction que la nullité de la reconnaissance. Il ne faut pas perdre de vue en effet, que ces reconnaissances, quoique interdites, seront faites fort souvent. L'officier public ignorera la qualité des parties au moment de la conception de l'enfant. Il recevra donc presque toujours la reconnaissance et si nous ne prononçons pas la nullité, la loi sera constamment violée.

Certes, cette solution peut amener des fraudes, mais le législateur en est averti. Le scandale qu'il a voulu éviter avant tout ce sont les actions exercées soit par l'enfant pour réclamer des aliments, soit par les tiers à l'effet de faire réduire les libéralités. Car le scandale ne réside pas dans la reconnaissance elle-même qui sera souvent secrète, mais dans les effets possibles de cette reconnaissance dont les tribunaux auront à connaître.

C'est d'ailleurs une pure subtilité que de prétendre que l'article 335 règle la filiation, laissant aux articles 762 et 908 le soin de s'occuper des questions pécuniaires. L'article 335, prohibe la reconnaissance et on ne peut admettre que cet article règle un état qu'il déclare impossible. L'article 762 ne restera pas sans application quoiqu'on en dise et nous examinerons les cas où il interviendra. Pour le justifier il n'est pas nécessaire que ces cas soient très nombreux, il suffit qu'ils existent (1).

(1) Aubry et Rau, VI, 572 ; Chalcot, *Successions*, art. 762, nos 3 et 4 ; Delvincourt, I, p. 234 et II, p. 24 ; Loiseau, 732 ; Grenier, *Des Donations*, I, 130 ; Duranton, III, 195 et suiv., VI, 331 ; Malpel, *Des Successions*, 168 ; Marcadé, art. 335 ; Taulier, I, 417 ; Demolombe, V, 581 et suiv.

Par conséquent après bien des hésitations la doctrine a fini par admettre le principe de la nullité absolue de la reconnaissance faite en violation de l'article 335. Et la jurisprudence a pour les mêmes motifs subi la même évolution (1).

Conséquences du principe

Du moment qu'il est universellement admis que la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est nulle d'une nullité radicale et absolue, il en résulte les conséquences suivantes :

1° Une telle reconnaissance même par acte authentique ne saurait permettre à l'enfant de réclamer des aliments, mais si l'auteur s'était engagé dans l'acte authentique à nourrir l'enfant, cette promesse serait valable comme donation (2).

2° Si un père dans une reconnaissance sous seing privé s'engageait à nourrir son enfant adultérin ou incestueux, cette promesse serait nulle comme donation pour inobservation des formes et nulle comme obligation pour défaut de cause.

(1) Paris, 13 août 1812, S., 13, 2, 89 ; Cass., rejet, 28 juin 1815 ; S., 15, 1, 329 ; Rennes, 6 juillet 1820, S., 20, 2, 261 ; Cass., 9 mars 1824, S., 24, 1, 114 ; Cass., rejet, 1er août 1827, S., 28, 1, 49 ; Cass., 18 mars 1826, S., 28, 1, 313 ; Montpellier, 19 janvier 1832., S., 32, 2, 38 ; Bordeaux, 21 décembre 1835, S., 37, 2, 71 ; Cass., 8 février 1836, S., 36, 1, 241 ; Cass., 4 décembre 1837, S. 38, 1, 29 ; Cass., 3 février 1841, S. 41, 1, 117 ; Cass., 18 mars 1846, S., 47, 1, 20 ; Cass., 19 avril 1847, S., 47, 1, 562 ; Bastia, 3 avril 1855, S. 55, 2, 619.

(2) Montpellier, 19 janvier 1832, S., 33, 1, 38 ; Cass., 4 décembre 1837, S., 38, 1, 29.

3° Toutes les libéralités entre vifs ou testamentaires, excédant les libéralités permises par l'article 908, faites à l'enfant adultérin ou incestueux, par l'auteur qui l'a illégalement reconnu seront parfaitement valables, pourvu que l'acte qui contient la reconnaissance et la libéralité soit authentique. La libéralité voudra comme donation ou comme legs, la reconnaissance étant inexistante ne saurait la vicier.

4° Une disposition à titre gratuit faite au profit de l'enfant par l'auteur qui l'a reconnu sera valable, alors même qu'elle serait faite par contrat à titre onéreux ou par personnes interposées.

5° Il n'y aura pas impossibilité de mariage entre l'enfant adultérin ou incestueux et l'auteur qui l'aura reconnu ou ses parents ou alliés au degré prohibé.

La doctrine peut, sans inconvénients, adopter jusqu'au bout les conséquences logiques d'un principe établi, mais les tribunaux plus près des faits ont à tenir compte des situations, or, ici les conséquences du principe sont tellement inhumaines et, disons-le, tellement cyniques que la conscience des magistrats a reculé. Nous aurons à examiner au chapitre III, les raisonnements subtils inventés par la jurisprudence pour ne pas appliquer le principe dans toutes ses conséquences logiques.

CHAPITRE II

DE LA RECHERCHE EN JUSTICE (1).

Le législateur ne veut pas admettre la constatation d'une filiation criminelle, il veut jeter un voile sur elle et n'en jamais permettre la divulgation « s'il y a scandale, disait Bigot-Préameneu, quand le coupable étale son infamie ou son crime, en reconnaissant un enfant adultérin ou incestueux, il y a également scandale lorsque l'enfant recherche son état dans la preuve du délit de ceux qu'il prétend être les auteurs de ses jours (2) ». Le législateur a également craint les réclamations de ces enfants et le trouble qu'elles apporteraient dans les familles ; mais il n'a pas pensé qu'il y avait également scandale à laisser sans ressources et sans protection un enfant en face de ses auteurs qui vivent peut-être dans le luxe. Il y avait pourtant moyen de tout concilier : permettre la libre recherche de la filiation dans le but de forcer les parents à

(1) Elle est interdite en Italie et en Belgique. En Espagne, seule la recherche de la maternité est permise. L'Allemagne admet la libre recherche de toute filiation.

(2) Locré, III, 95.

subvenir aux besoins de leur enfant, tout en ne permettant pas à ce dernier de s'introduire dans la famille.

Nous étudierons dans trois sections différentes, le principe de l'interdiction de la recherche en justice de la filiation adultérine et incestueuse et l'examen des conséquences de ce principe sur la conclusion de notre chapitre.

SECTION PREMIÈRE

Recherche de la Paternité.

L'individu qui met au monde un enfant contracte envers lui certaines obligations. C'est ce qu'exprimait Loysel dans cette formule : qui fait l'enfant doit le nourrir. Or pour que l'enfant puisse réclamer à l'auteur de ses jours les choses nécessaires à la vie, il est de toute nécessité que l'auteur soit légalement connu. Si aucune présomption de paternité ne pèse sur lui et si pour une raison quelconque il n'a pas avoué sa paternité, il faut permettre à l'enfant de rechercher par une action en justice celui qui est tenu de lui venir en aide. Or la loi n'a pas voulu sanctionner cette obligation dans tous les cas.

Dans un but de protection pour l'institution du mariage, elle accorde toutes ses faveurs à l'enfant légitime elle crée même pour lui une présomption de paternité (312) ; mais elle interdit la recherche de la paternité aux enfants naturels en général (340) et tout particulièrement aux enfants adultérins et incestueux (342).

Dans l'ancien droit la recherche de la paternité était

largement admise, la preuve en était libre et la mère crue sur parole. Il en était résulté de graves abus que retrace Servan devant le Parlement de Grenoble en 1770. « Nous avons surtout plusieurs de nos villes où l'effronterie des filles de bas ordre a fait de ces déclarations un fléau public. On les a vues se former de leur fécondité un commerce d'un nouveau genre, promener de maison en maison et d'homme à homme la menace d'une accusation pour lever un tribut et une sorte de capitulation sur la faculté d'être père, on en a même vu qui se supposaient un deshonneur dont elles étaient exemptes et qui savaient créer plusieurs pères à un enfant qui n'existait pas ». Frappé de ces abus le législateur révolutionnaire prohiba d'une façon complète la recherche de la paternité naturelle et le Code civil a suivi son exemple. On a fait valoir aussi l'impossibilité de prouver la paternité ; son attribution est en effet extrêmement aléatoire, car la nature a couvert d'un voile la transmission de notre existence, la preuve directe serait pleine d'embûches et ferait revivre les procès scandaleux et les décisions arbitraires de notre ancienne jurisprudence, et les présomptions souvent contraires à la vérité. Il fallait donc interdire cette recherche pour mettre les honnêtes gens à l'abri des obligations mensongères et des chantages des femmes éhontées.

Ces raisons, longuement développées dans les travaux préparatoires du Code civil à propos des enfants naturels, ont ici une autorité particulière, semble-t-il. Si les enfants naturels portent atteinte à l'intégrité de la famille, les enfants adultérins ou incestueux sont en outre un défi jeté à la morale et aux bonnes mœurs. La divulgation de leur filiation jetterait le trouble et la désunion dans les

familles et creuserait un abîme entre le père et ses enfants légitimes. De plus le père de famille riche et honoré serait sans cesse en butte aux réclamations des femmes honteuses et préférerait souvent sacrifier des sommes importantes plutôt que de voir sa réputation et l'honneur de sa famille discutés devant un Tribunal.

Ce raisonnement n'est pas aussi convainquant qu'il le paraît. On peut se demander si une justice supérieure ne veut pas que chacun porte le poids de ses fautes, dûssent s'effondrer les réputations les mieux établies. On craint les allégations mensongères et les chantages, mais, comme le remarque fort bien Laurent, « ceux qui s'en plaignent sont d'ordinaire les coupables. On ne recherche jamais la paternité contre des hommes qui ne hantent pas les mauvaises sociétés ». D'ailleurs on n'a pas à s'en rapporter uniquement aux déclarations de la mère, une réglementation étroite et un système de défense efficace empêcheraient les abus. Certes on arriverait difficilement à établir la paternité, mais il ne faut pas en conclure que cette recherche est impossible, on ne peut acquérir la preuve directe mais le juge peut se faire une conviction morale. La preuve sera parfaitement établie lorsque l'enfant aura une possession d'état conforme et lorsque l'on produira des actes sous seing privé que la jurisprudence s'efforce vainement à ne pas considérer comme des preuves de paternité. D'ailleurs le § 2 de l'article 340 qui admet la recherche de la paternité en cas d'enlèvement, l'article 339 qui permet à l'enfant de démontrer lequel est son père au cas où il est réconnu par plusieurs, établissent que le principe d'impossibilité sur lequel repose l'article 340 § 1 est faux.

Le législateur a craint le scandale que provoquerait la

divulgation de ces filiations, on peut s'étonner d'une pareille objection à une époque qui vit du scandale. Chaque jour ne nous apporte-t-il pas de ces révélations, de ces effondrements autrement scandaleux que ne le serait l'action d'un fils recherchant son père ? Ne sommes-nous pas saturés de ces procès retentissants ou le viol, l'adultère, le vagabondage spécial, l'incitation des mineures à la débauche mettent souvent en cause des personnages connus ? L'action d'un fils recherchant son père jetterait-il plus de trouble dans une société où règne l'immoralité ? Le vrai scandale consiste dans le délaissement de ces enfants, innocentes victimes de pères dégradés et surtout dans l'impunité assurée au séducteur. Les conséquences de ses actes ne sont pas pour lui, il fait le mal librement, protégé par cette foi conjugale qu'il bafoue « à force de protéger les honnêtes gens, dit Laurent, on finit par donner une prime d'encouragement à ceux qui sont sans foi ni loi. » Avec un tel système on sacrifie les droits de l'enfant ; mis au ban de la société, il méprisera une loi qui le dédaigne et ira grossir la horde des vagabonds. Vainement objecterait-on que les réclamations de ces enfants vont nuire à la famille légitime. La loi doit réglementer leurs droits et ne pas en paralyser l'exercice ; elle doit leur conférer les droits qu'ils tiennent de la nature même et la famille sera suffisamment protégée en ne permettant pas à ces enfants de s'introduire dans son sein.

D'ailleurs la question est jugée et si l'article 342 subsiste encore dans notre Code, la loi fera bientôt une large brèche à l'article 340 ; ce qui sera déjà un progrès.

L'Exception. — Après avoir interdit la recherche de la

paternité l'article 340 consacre dans son § 2 une exception ainsi conçue. « Dans le cas d'enlèvement lorsque l'époque de cet enlèvement se rapporte à celle de la conception, le ravisseur pourra être sur la demande des parties déclaré père de l'enfant ». Supposons qu'une femme mariée ait été victime d'un enlèvement, elle met au monde un enfant entre le 180e et le 300e jour qui suit l'enlèvement. Cet enfant, étant désavoué par le mari, quelle va être sa situation ? On a soutenu (1) qu'il était légitime vis-à-vis de sa mère et qu'il pourra rechercher son père dans la personne du ravisseur. Il n'y a, dit-on, aucune faute de la part de la mère et il serait injuste de la frapper dans la personne de son enfant. Il y a en quelque sorte mariage putatif « il y a cohabitation forcée, dit Duveyrier, la violence de l'un et l'oppression de l'autre suppléaient au consentement authentique et mutuel ».

Ce raisonnement ne saurait être admis. En effet en supposant même que la femme ne soit pas mariée, l'enfant ne serait pas légitime mais naturel, et si la mère était mariée l'enfant sera adultérin. Si l'article 342 comportait également l'exception de l'article 340, il ne signifierait rien en ce qui concerne la paternité, il ne ferait que reproduire inutilement l'article 340. D'ailleurs le but de la loi en empêchant la recherche de la paternité adultérine a été d'éviter le scandale et le scandale se produirait ici comme dans les autres hypothèses. Cette solution est admise en doctrine et en jurisprudence (2).

Inversement une femme libre peut-être victime d'un

(1) Bedel, 5e div., ch. 1, n° 68.

(2) Duranton, III, 235 ; Demante, II, 75 ; Demolombe, V, 565, Baret, 122.

enlèvement de la part de son parent ou de la part d'un homme marié. L'enfant qui naîtra entre le 180e et le 300e jours après l'enlèvement sera bien adultérin ou incestueux en fait mais, en droit, il sera naturel simple vis-à-vis de sa mère, il restera étranger à son père, car le vice ne peut être établi. La mère pourrait réclamer des dommages-intérêts au père en se basant sur l'article 1382, mais le ravisseur serait à l'abri des réclamations de l'enfant ou de la mère agissant au nom de l'enfant. Cette conséquence est immorale mais il faut l'admettre en présence des termes formels de l'article 342 (1).

Projet de Loi (2).

Un projet qui aura bientôt force de loi permet la recherche de la paternité dans certains cas limitativement déterminés,

(1) Laurent, IV, 150 ; Aubry et Rau, VI, 572 ; Aix, 5 janvier 1882, D., 1882, 2, 231 ; *Contra*, Loiseau, 735 ; Grenier, *Des donations*, I, 130 ; Malpel, *Traité des successions*, 169.

(2) La recherche de la paternité est admise dans 5 cas : 1) dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception ; 2) dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit, d'après les termes de l'article 1347 ; 3) dans le cas où il existe des lettres ou quelqu'autre écrit privé émanant du prétendu père et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité ; 4) dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception ; 5) dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père.

La demande est repoussée : 1) si la mère était d'une incon-

mais il n'est applicable qu'aux enfants naturels simples. Pour les enfants adultérins ou incestueux la question reste entière.

L'enfant ne pourra pas agir contre un homme marié ni contre le parent ou allié de sa mère. En effet l'article 342 qui interdit la recherche de la paternité adultérine ou incestueuse ne sera point modifié par la loi nouvelle, de plus M. Guillier, rapporteur a fourni au Sénat des explications qui ne laissent aucun doute sur ce point. M. Louis Martin ayant proposé de permettre à l'enfant désavoué de rechercher son père vit son amendement repoussé. « Je persiste à dire, déclara le rapporteur, que lui accorder (à l'enfant désavoué) le droit de poursuivre en justice sa reconnaissance contre son père c'est consacrer le principe de l'action en reconnaissance de paternité naturelle au profit d'un enfant adultérin. La commission n'a pas estimé qu'il fut possible de l'introduire dans la loi. En propo-

duite notoire ou a eu des relations avec un autre individu à l'époque de la conception ; 2) si le père était pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant. Toute action intentée de mauvaise foi rendra celui qui l'a intentée passible d'une amende de 50 à 3.000 francs et d'un emprisonnement de 1 à 5 ans. Ce projet est critiquable à un double point de vue : il entoure de trop grandes difficultés la recherche de la paternité et laisse échapper le père déloyal qui ne signe aucun aveu équivoque ou non de paternité, et qui se dérobe son exploit consommé ; Il a en outre le tort d'assimiler la reconnaissance judiciaire de paternité à la reconnaissance volontaire ; il fait entrer l'enfant dans une famille où il sera toujours considéré comme un intrus et il donne au père l'exercice de la puissance paternelle qui devrait être exercée par un tuteur spécial nommé par le Tribunal. (V. J. *Off.*, *Débats Parlem.* 1910, p. 1459 et suiv., 1709 et suiv.).

sant d'abroger les articles 335 et 342 qui interdisent la reconnaissance volontaire aussi bien que la reconnaissance judiciaire d'un enfant adultérin... Le problème des enfants adultérins ou incestueux est extrêmement complexe, il est gros de conséquences. Dans un intérêt social, dans l'intérêt de la famille nous refusons à faire rentrer ces enfants dans le cadre de notre loi ».

Contrairement à cette déclaration, nous pensons que les enfants adultérins ou incestueux ont les mêmes droits à la protection de leur père que les enfants naturels simples. Nous ne faisons aucune difficulté pour leur permettre de rechercher leur auteur. Mais contrairement à la loi nouvelle nous ne permettrons pas à cet enfant de s'introduire dans une famille ; la recherche de la paternité doit être autorisée dans tous les cas à seule fin de forcer l'auteur à élever l'enfant et à faire naître à son profit les droits qui dérivent de l'idée de parenté.

SECTION II

Recherche de la Maternité.

La maternité est susceptible d'une preuve directe, malgré le recel dont elle peut être l'objet, car elle se manifeste par des signes extérieurs tels que la grossesse et l'accouchement. Aussi le droit romain et notre ancien droit l'admettaient-ils de la façon la plus large. Le Code civil l'a conservée telle pour les enfants légitimes. L'enfant devra établir l'accouchement de sa mère et son identité

avec l'enfant dont celle-ci s'est accouchée. Le Code tout en admettant la recherche de la maternité pour les enfants naturels simples a cru devoir l'entourer de certaines restrictions. Elle sera faite par témoins mais avec un commencement de preuve par écrit apprécié non pas d'après les termes de l'article 324, mais d'après les termes plus étroits de l'article 1347. La sévérité du Code est allée en s'accentuant et l'article 342 interdit aux enfants adultérins et incestueux toute recherche de maternité. C'est toujours la même idée qui a guidé le législateur : la crainte du scandale. Il n'a pas voulu que l'enfant du crime ou de la honte vint réclamer sa mère devant les tribunaux. La preuve en serait pourtant facile et entourée de toutes les garanties.

Il est permis de se demander si cette rigueur n'est pas excessive et si le législateur n'est pas allé trop loin en « refusant à des créatures humaines les soins d'une mère que la nature accorde aux animaux. »

Comment le juge saura-t-il s'il est en présence d'une recherche prohibée ? Presque toujours les parties déguiseront le véritable objet de leur demande et la vérité sera souvent difficile à démêler.

Tout d'abord il y a deux hypothèses qui ne laissent subsister aucun doute :

1^er^ *Cas.* — Un enfant né de père et de mère inconnus intente une action contre un homme et une femme parents ou alliés au dégré prohibé ou contre ses deux auteurs mariés chacun de leur côté. Il est incontestable que sa demande doit être rejetée, car elle tombe directement sous le coup de l'article 342. Mais cette hypothèse se présentera rarement, car elle suppose une grande ignorance de la loi.

2e *Cas.* — Un enfant né de père et mère inconnus demande à établir qu'il a pour mère une femme mariée, il offre la preuve par témoins et apporte un commencement de preuve par écrit. S'il n'a été l'objet d'aucune reconnaissance antérieure, son action doit être admise et son succès le rendra légitime en vertu de la présomption de l'article 312, sauf au mari ou à ses héritiers à contester cette légitimité. Mais l'enfant invoque à l'appui de sa demande des faits qui démontrent qu'il n'est pas le fils du mari de la femme qu'il réclame pour mère ; le succès de cette action aurait pour résultat prévu, la constatation d'une filiation adultérine, la demande sera donc rejetée (1).

3e *Cas.* — Un homme marié a reconnu un enfant et a désigné dans l'acte une femme libre comme co-auteur ; on peut supposer également qu'un homme libre a reconnu un enfant et désigné dans l'acte sa parente ou alliée comme co-auteur, on demande si l'enfant pourra rechercher sa maternité naturelle. La question se pose dans des termes plus généraux et la solution dépend de l'effet attribué à la reconnaissance. Si la reconnaissance vaut comme aveu de paternité, ainsi que le prétendent de nombreux jurisconsultes, il est certain que la demande de l'enfant doit être rejetée, car elle aboutirait à la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse. Mais si on admet avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, l'inexistence d'une reconnaissance faite en violation de la loi, rien ne s'oppose à la demande de l'enfant. Elle aboutira à une recherche de maternité naturelle si l'enfant fait la preuve par témoins avec un commencement de preuve par écrit,

(1) Poitiers, 27 juillet 1847 et Cass., 1er mai 1849, D., 49, 1, 138 ; Laurent, IV, 151 ; Ducaurroy-Bonnier et Roustan, I, 503 ; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, III, 691.

mais la désignation de la mère faite par le père ne pourrait tenir lieu de commencement de preuve par écrit (1).

4e *Cas.* — Bien plus discutable est l'hypothèse suivante : un homme libre reconnaît un enfant, cet enfant pourra-t-il rechercher sa mère dans une femme mariée ou parente ou alliée de cet homme ? Il est tout d'abord un 1er point qui ne saurait faire de doute. Si l'enfant ne conteste pas la reconnaissance dont il est l'objet, son action tendant à établir qu'il est issu d'un homme libre et d'une femme mariée ou parente ou alliée de son père, sa demande sera rejetée (2). Généralement l'enfant s'y prendra plus habilement : sans contester la reconnaissance dont il est l'objet, il déclarera qu'il recherche une maternité légitime et que, par conséquent, il ressortit de l'article 323 et non de l'article 341. Qu'importe, dira-t-on, la reconnaissance dont il a été l'objet, elle émane d'un tiers et elle est étrangère à l'enfant qui ne l'a point acceptée.

Aucun texte ne le force à contester et à faire annuler cette reconnaissance avant de rechercher sa maternité. Et d'ailleurs n'est-ce pas suffisamment contester l'état qu'on lui attribue que d'en réclamer un autre ? Il en est si bien ainsi qu'en cas de succès la reconnaissance tombant sous le coup de l'article 335 sera annulée et que l'enfant sera légitime en vertu de l'article 312. Que si le mari conteste la légitimité de l'enfant et rejette sa paternité, l'enfant sera adultérin, mais il le sera par la force même des choses. Rien au début de l'action ne faisait prévoir ce résultat et sous prétexte qu'il peut se produire vous ne pouvez empêcher un enfant de rechercher sa mère légitime. Au fond

(1) Baret, 124.

(2) Aix, 30 mai 1866 ; D., 1866, 2, 201 ; Paris, 8 mai 1879, D., 1882, 1, 203 ; Cass., 13 juin 1882, D., 1882, 1, 308.

ce raisonnement est juste, mais il se heurte à une objection capitale : l'article 342 prohibe bien la recherche de la maternité adultérine ou incestueuse mais il ne détermine pas les cas dans lesquels une recherche sera viciée ; son silence même nous démontre qu'il a laissé aux juges du fait le soin de discerner ces cas, s'il en était autrement l'article 342 aurait une portée infime. Or, dès le début, le juge peut être convaincu que le mari n'est pas le père de l'enfant, soit parce que l'enfant n'a pas une possession d'etat d'enfant légitime soit parce qu'il a une possession d'état constante vis-à-vis de celui qui l'a reconnu, soit pour tout autre motif laissé à son appréciation. Mais alors, dira-t-on, laisser ainsi au juge le soin de préjuger de la paternité du mari, c'est lui accorder le pouvoir de désavouer l'enfant, or l'article 317 nous dit que seul le mari on ses héritiers ont ce droit. On oublie qu'il s'agit ici d'une action en réclamation d'état et non d'une action en désaveu ; l'enfant n'apporte en faisant sa demande ni titre ni présomptions, c'est dire assez que le juge a pleins pouvoirs pour connaître de la légitimité de la demande. Bien plus, il pourrait rejeter la demande, même si le mari y adhérait, s'il était convaincu qu'il y a fraude de sa part (1).

Par conséquent, l'enfant agissant en recherche de maternité devra d'abord contester la reconnaissance dont il a été l'objet et la faire annuler (2).

(1) Poitiers, 1er mai 1861 et Cass., 18 novembre 1862, D., 1863, 1, 335.

(2) Rennes, 26 juillet 1838, S., 1838, 2, 401 et Cass., 22 janvier 1840, S., 1840, 1, 120 ; Cass., 22 février 1843, 1, 180 ; Bordeaux, 25 mai 1848, S., 1848, 2, 161 ; Cass., 1er mai 1849, S., 1849, 1, 618 ; Aix, 14 juin 1866, S., 1867, 1, 141 ; Valette, p. 180 ; Laurent, IV, 154 ; Demolombe, V, 566.

Des arrêts cependant admettent l'action, alors même que l'enfant n'a pas contesté au préalable la reconnaissance. Mais le tribunal pourra rejeter la demande s'il résulte des motifs invoqués que le mari de la femme recherchée n'est pas le père de l'enfant (1).

Plus délicate est la question de savoir si les tiers pourront rechercher la filiation. Ils peuvent avoir intérêt à agir ; supposons, en effet, qu'un père ait fait quelques libéralités à son enfant adultérin ou incestueux, les enfants légitimes ou les parents ne pourront-ils pas rechercher la filiation criminelle pour faire réduire ou annuler cette libéralité ? La raison de douter provient de ce que l'article 342 ne défend la recherche de la filiation qu'à l'enfant et on pourrait soutenir que ses adversaires ont l'exercice de l'action. De plus, dira-t-on, il y a là une véritable fraude à la loi et toute personne intéressée doit pouvoir le faire constater : *Fraus omnia corrumpit*. Ce raisonnement ne saurait être admis.

Du moment que la recherche de filiation est interdite à l'enfant, elle ne peut être permise aux tiers. L'enfant a un droit sacré à défendre, et si le législateur a cru devoir lui enlever l'exercice de l'action pour des motifs de moralité, pour éviter une recherche scandaleuse dans sa procédure et dans ses résultats, à plus forte raison devait-il l'interdire aux tiers. Ceux-ci n'agiraient que dans un but pécuniaire et le législateur dans toute cette matière sacrifie l'intérêt pécuniaire à l'intérêt moral.

(1) Bordeaux, 12 février 1838, D., 1838, 2, 238, S., 1838, 2, 406 ; Cass., 13 février 1839, D., 1840, 1, 49, S., 1840, 1, 117 ; Cass., 22 janvier 1840, D., 1840, 1, 51 ; Cass., 23 février 1843, S., 43, 1, 180 ; Cass., 23 février 1839, D., 1840, 1, 49 ; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, III, 446.

Certes, des fraudes peuvent se commettre, qu'importe ! Le législateur a pensé qu'il vaut mieux assurer l'impunité à une fraude, ce qui est un mal, que d'autoriser la recherche de la filiation, ce qui serait un mal plus grand encore. Le scandale que l'on redoute par dessus tout, c'est l'immoralité du résultat, et il est le même que l'action soit exercée par l'enfant ou qu'elle soit exercée par les tiers. Cela a été dit par Duveyrier au cours des travaux préparatoires « que des collatéraux par exemple, pour diminuer la portion que la loi donne à l'enfant naturel dans la succession de son père et le réduire aux aliments charitables, réservés à l'enfant du crime, prétendent que cet enfant reconnu par ce père libre est entaché d'adultère du côté de sa mère inconnue et non désignée dans l'acte, nous devons penser qu'ils ne seront point écoutés (1). » Aussi la jurisprudence et la doctrine sont-elles unanimes dans ce sens (2).

Mais les tiers peuvent tourner la difficulté ; ils peuvent contester la reconnaissance dont l'enfant a été l'objet et déclarer qu'ils veulent établir contre lui une maternité légitime, pour arriver ainsi à une constatation indirecte de filiation adultérine ou incestueuse. Nous pensons que les

(1) Locré, *Législation civile*, VI, 326.

(2) Merlin, *Questions de droit, Paternité*, XVI, nos 18 et 19 ; D. P., 519 et 711 ; Laurent, IV, 154 ; Baret, I, 21 ; Demante, I, 327 ; Aubry et Rau, VI, 569 ; Toullier, II, 939 ; Duranton, III, 207 ; Richefort, II, 272 ; Valette sur Proudhon II, 136 ; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, III, 645 ; Planiol, I, 1517 ; Besançon, 20 février 1844, D., 1845, 1, 277 ; Lyon, 22 janvier 1856, D., 1856, 2, 256 ; Cass., 14 mai 1810, S., 1810, 1, 272 ; Limoges, 7 décembre 1809, S., 1813, 2, 235 ; Cass., 17 décembre 1816, S., 1817, 1, 191 ; Toulouse, 15 avril 1834, S., 1835, 2, 348 ; Aix, 5 janvier 1882 ; D., 1882, 2, 132.

tribunaux auront tous pouvoirs d'appréciation pour déjouer ce calcul et qu'ils rejetteront la demande si elle paraît manquer de sincérité, comme si l'enfant lui-même agissait (1).

SECTION III

De la Possession d'état.

Depuis longtemps les commentateurs du Code ont fixé les éléments constitutifs de la possession d'état dans les trois mots suivants : *nomen*, *tractatus*, *fama*. La jurisprudence admet que le nom patronymique est la propriété de la famille (2), il révèle les rapports de paternité et de filiation, et lorsqu'une famille autorise un enfant à porter son nom, c'est un signe qu'elle le considère comme un de ses membres. Les parents peuvent aussi donner constamment et publiquement des soins à l'enfant, l'élever l'éduquer, le traiter comme leur fils. Si enfin l'opinion publique confirme ces rapports, ce sera là une consécration permettant à l'enfant d'invoquer la possession d'état.

La possession d'état est un titre très fort, car elle écarte toute idée de constestation et par conséquent de scandale.

L'enfant adultérin ou incestueux qui ne peut être re-

(1) Bordeaux, 12 février 1838, S, 1838, 2, 406 et Cass., 13 février 1839, S., 1840, 1, 117 ; Paris, 12 juillet 1856, S., 1856, 2, 588 ; Cass., 28 janvier 1857, S., 1858, 1, 117 ; Cass., 10 février 1847, S., 1847, 1, 81.

(2) Cass., 16 mars 1841, D., 1841, 1, 210, S., 1841, 1, 532.

connu, qui ne peut rechercher sa filiation, pourra-t-il se prévaloir de la possession d'état pour réclamer à ses auteurs ou à leur succession les aliments dont il a besoin ? Les tiers pourront-ils l'invoquer pour faire réduire les libéralités que l'enfant a reçues de ses auteurs ? On doit pouvoir répondre affirmativement. En effet, les motifs qui ont fait interdire la reconnaissance volontaire et la recherche en justice semblent n'avoir ici aucune valeur.

On repousse la reconnaissance volontaire pour qu'un individu ne fasse pas étalage de son crime ou de sa honte, pour qu'il ne brave pas sa famille et l'opinion publique après avoir bafoué la morale.

Ici, rien de tel ; la possession d'état prouve que la famille et la société ont pardonné à l'auteur sa faute et à l'enfant sa naissance. La famille a pris en pitié ce malheureux, triste épave d'un moment de faiblesse, elle l'admet dans son sein, et ne veut plus se souvenir. Bien loin d'être une bravade, son action apparaît comme un acte sublime de charité et de renoncement. En faisant abstraction de ses sentiments les plus intimes, elle a lavé la tache et guéri la blessure, et la loi serait plus intransigeante ! La famille a oublié le crime, la loi ne peut l'empêcher de le réparer.

L'incertitude ne saurait être invoquée, la possession d'état à une force probante particulièrement énergique. C'est la plus complète, la plus sûre de toute les preuves, elle offre des garanties incomparables de sincérité. C'est un aveu de l'auteur, de la famille, de la société et Portalis disait avec raison : « Toutes les fois que l'on jouit de son état constamment, publiquement et sans troubles, on a le plus puissant de tous les titres. »

On repousse la recherche en justice parce que l'on re-

doute les débats scandaleux. Ici rien de tel encore, la société ne sera pas étonnée de voir l'enfant réclamer ou recevoir ses faibles droits et nous n'aurons pas de ces révélations débilitantes pour les mœurs, de ces effondrements subits qui étonnent et affaiblissent toujours quelques âmes faibles. Mais par contre, il y aurait scandale à ne pas admettre la possession d'état comme preuve de la filiation. Voilà un enfant qui passe dans le monde pour adultérin ou incestueux, il est élevé dans la maison, traité comme un membre de la famille, et vous allez permettre qu'il soit chassé, abandonné ! Inversement allez-vous permettre au père de lui léguer en mourant une part de sa fortune au détriment des enfants légitimes ? Bien plus un père a une fille adultérine ou incestueuse, connue de tous et qu'il traite publiquement comme son enfant ; si la possession d'état ne prouve pas la filiation, vous devez permettre entre eux un abominable mariage. Là est le scandale.

S'il faut d'ailleurs appuyer cette argumentation sur les textes, nous avons l'article 320 qui dit que la possession d'état fait preuve à défaut de titre, c'est-à-dire d'acte de naissance pour l'enfant légitime et d'acte de reconnaissance pour l'enfant naturel simple, or, l'enfant adultérin ou incestueux ne peut pas avoir de titre, il rentre donc bien dans les termes de la loi et pourra établir sa filiation par la possession d'état.

Les considérations sociales que l'on fait valoir pour soutenir cette théorie sont sans doute excellentes, mais étant donnés les textes, étant donné surtout l'esprit du législateur, cette solution ne saurait prévaloir. Il faut décider que la possession d'état ne prouve pas la filiation adultérine ou incestueuse.

La possession d'état, en effet, peut-être assimilée à une reconnaissance tacite ou plutôt, comme on l'a dit, à une série de reconnaissances. Or, la reconnaissance est un acte solennel, investi par la loi de certaines formes qu'il faut observer à peine de nullité et l'on voudrait faire produire des effets à une reconnaissance tacite, c'est-à-dire nulle ! Si d'un autre côté, on remarque que la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux est interdite, on peut affirmer que ce serait violer doublement la loi que d'accorder quelque crédit à la possession d'état.

Sa force probante serait d'ailleurs moins efficace qu'on veut le dire. Lorsqu'il s'agit de la filiation légitime, la possession d'état ne fait preuve complète qui si elle existe à l'égard des deux auteurs, or, ici elle n'existerait que vis-à-vis d'un seul, elle aurait donc plus de pouvoirs qu'en face d'une filiation légitime.

Bien mieux, il faut supposer des circonstances extraordinaires pour qu'elle soit parfaitement publique ; cette filiation implique une honte et généralement, elle sera cachée ou d'une publicité restreinte.

Quant à l'idée de réparation, nous savons que la loi n'en veut pas. Des fraudes peuvent se commettre, le législateur le sait, mais il préfère les laisser impunies.

D'ailleurs, la jurisprudence élude les difficultés et en pratique les conséquences que l'on redoute seront réduites. Ce n'est pas une solution, certes, mais les efforts tentés par les tribunaux démontrent l'imperfection de cette partie de notre législation, mais n'infirment en rien les conclusions qui découlent de la loi.

Quant au scandale que l'on dit éviter, il subsiste intégralement. Si l'enfant veut agir contre ses auteurs, si les tiers veulent faire réduire quelque libéralité, il faudra

bien établir en justice cette possession d'état sur laquelle on se fondera. Celui contre lequel elle est invoquée la contestera et l'on procèdera à une véritable recherche de filiation. Que l'on ne vienne pas dire que la vérification d'un état de fait n'est pas une recherche. Cette distinction maintes fois invoquée par les tribunaux est pure subtilité : « la contestation qui s'élèverait sur l'existence de la possession d'état alléguée d'un côté et déniée de l'autre, constituera évidemment une recherche au moins indirecte de la paternité (1) ». « Considérant, dit un arrêt, que l'on ne peut se prévaloir contre J. et M. d'une prétendue possession d'état résultant de ce qu'ils ont été élevés dans la maison C. comme enfants C. parce qu'en matière de filiation adultérine ou incestueuse, la possession d'état n'est d'aucune valeur (2). » Telle est la vraie doctrine.

On tire argument des mots « à défaut de titre » de l'article 320, mais cet article suppose que le titre a pu exister et non que son existence même est impossible. Le titre prouve d'abord, la possession d'état ensuite et si l'un ne peut exister, l'autre ne doit pas intervenir.

Cette interprétation résulte de l'ensemble de la loi et de l'esprit même du législateur. Il ne faut pas oublier « que la société n'a pas intérêt à ce que la filiation des bâtards soit connue (3) ». Et il est inadmissible que l'on ait voulu faciliter ici aux bâtards l'administration d'une preuve que de part ailleurs, on leur refuse formellement. Enfin l'article 321 parle de « famille » de « parents » et ne peut s'appliquer à l'enfant adultérin ou incestueux, qui n'a ni

(1) Aubry et Rau, VI, 569, note 2.
(2) Cass., 1er août 1827, D., Rep. *Paternité*, n. 718.
(3) Conseil d'Etat, 26 brumaire, an X.

famille, ni parenté (1). D'ailleurs la possession d'état ne prouverait même pas la filiation naturelle simple ; la question quoique discutée, est admise par la majorité des auteurs et par la jurisprudence (2). A plus forte raison ne doit-elle pas prouver la filiation adultérine ou incestueuse.

Les articles 335 et 342 sont trop formels pour leur faire subir ici une atténuation.

Par conséquent et en résumé, la recherche en justice, alors même qu'elle se déguiserait sous la forme d'une constatation d'état est aussi formellement interdite que la reconnaissance volontaire et ne saurait produire aucun effet.

Conclusion. — Cette idée entraîne les conséquences suivantes :

1° Une telle recherche ne pourrait faire l'object direct d'une demande, la demande serait même rejetée, si les parties déguisaient leur véritable but ;

2° L'enfant ne peut effectuer lui-même cette recherche soit qu'il veuille établir sa filiation dans un intérêt moral pur et simple, soit qu'il intente l'action pour obtenir des aliments (3) ; réciproquement les tiers ne peuvent rechercher sa filiation pour faire annuler les libéralités qu'il a reçues de ses auteurs ;

3° La mère ne peut agir ou nom de l'enfant pour récla-

(1) Lyon, 20 avril 1853, S., 1853, 2, 497.

(2) Paris, 2 août 1876, S., 1879, 2, 250 ; Toulouse, 2 février 1884, D., 1885, 2, 227 ; Paris, 11 juin 1891, D., 1892, 2, 533 ; Planiol, I, 1545.

(3) Aubry et Rau, VI, 569 ; Demolombe, V, 485 ; Rolland de Villargues, 210 et 270 ; Zacharice, 569 ; Cass., 25 mars 1806, S., 1806, 1, 570 ; Limoges, 27 août 1811, S., 1812, 1, 237.

mer une pension alimentaire (1), et elle ne peut se fonder sur la paternité de son séducteur pour réclamer une augmentation des dommages-intérêts ;

4° La filiation ne peut être recherchée pour appliquer les articles 161 et s. sur les empêchements au mariage (2).

(1) Locré, V, 121 ; Loiseau, 398 ; Cass., 10 mars 1808, S., 1808, 1, 231 ; Paris, 19 janvier 1865, S., 1865, 2, 5 ; Nancy, 25 février 1865, S., 1865, 2, 169.

(2) Duranton, II, 164 ; Aubry et Rau, V, 579 ; *Contra*, Nazeilles, *Traité du mariage*, I, 187 ; Loiseau, 577.

CHAPITRE III

LA JURISPRUDENCE

La reconnaissance volontaire des enfants adultérins ou incestueux est interdite par l'article 335 et la recherche de leur filiation par l'art. 342. Nous avons examiné les incertitudes auxquelles ces articles ont donné lieu, les controverses multiples qu'ils ont soulevées. Et enfin nous avons vu que la doctrine après bien des hésitations a fini par admettre d'une façon à peu près unanime la nullité radicale et absolue d'une reconnaissance faite en violation de la loi et l'interdiction formelle de la recherche en justice d'une telle filiation. La jurisprudence a subi les mêmes fluctuations, les arrêts admettent les solutions les plus diverses, inventent même de nouvelles interprétations. Puis à mesure que le principe devenait moins discuté, la jurisprudence l'admettait à son tour et depuis longtemps il n'est plus mis en doute par elle : « attendu que sous l'empire du Code civil, la recherche de la paternité est interdite ; que l'article 335, de ce Code défend en termes absolus la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux ; que même ces enfants aux termes de l'article 342 ne sont jamais admis à la recherche de la maternité, qu'il suit de là que l'article 762 en leur accordant des aliments

ne s'applique qu'aux seuls cas où la preuve de la filiation adultérine ou incestueuse est acquise en justice par la force même des choses et non au cas où, comme dans l'espèce, la preuve de cette filiation ne résulterait que d'une simple reconnaissance que la loi prohibe expressément ». Or ce principe comporte certaines conséquences que nous avons énumérées. La doctrine les admet toutes immorales et scandaleuses qu'elles soient parce qu'elles dérivent de la loi. S'il lui appartient, en effet, d'analyser les textes, elle doit le faire froidement sans s'inquiéter des conclusions. Et si ces conclusions sont néfastes pour l'ordre social, elle s'adressera au législateur, lui signalera le danger et celui-ci, dans sa toute-puissance modifiera la loi pour la mettre en harmonie avec la saine raison et avec l'intérêt de la nation. Mais combien est plus délicat le rôle des tribunaux ! Certes, ils n'ont pas, eux non plus, à modifier la loi, ils doivent l'accepter telle qu'elle se présente à eux, l'appliquer dans toute sa rigueur, même si ses conséquences sont iniques. Mais les juges ont une conscience et souvent ils ne veulent pas en faire abstraction pour juger selon les préceptes de la loi. Le législateur établit des règles générales, dans l'impossibilité où il se trouve de prévoir les innombrables cas particuliers, les auteurs raisonnent sur des abstractions, tandis que le juge se trouve en présence des faits, c'est-à-dire de gens qui souffrent, qui viennent réclamer leur droit méconnu et ses décisions seront intolérables si elles ne sont imprégnées de cet esprit d'équité, supérieur à toutes les lois positives. Certes, il serait dangereux de pousser trop loin cette idée, de l'ériger en système, ce serait aboutir à une confusion du pouvoir législatif et du pouvir judiciaire, ce serait méconnaître les principes les plus certains du droit

public. Aussi le législateur ne devrait-il pas se reposer sur la jurisprudence pour assouplir une loi pure dans son principe, inacceptable dans ses conséquences. Il devrait au contraire la suivre de près, étudier son évolution dictée par les besoins de la pratique et quand elle s'écarte trop ouvertement de la loi, ou bien affirmer sa volonté, ou bien la préciser en la modifiant. Or quand les tribunaux en sont amenés à admettre un principe parce qu'il résulte évidemment de la loi, mais à inventer des raisonnements subtils pour ne pas l'appliquer, c'est que sûrement la loi est mauvaise.

C'est ce qui se produit dans notre matière. Les arrêts proclament la nullité absolue à la reconnaissance volontaire des enfants adultérins et incestueux, de même que l'interdiction de la recherche en justice de leur filiation, mais la conscience des magistrats a reculé lorsqu'il s'est agi d'appliquer ces principes dans toutes leurs conséquences. Elles sont tellement scandaleuses parfois qu'ils ne pouvaient les admettre dans la pratique, aussi toutes les décisions sont-elles loin d'être inspirées par la logique.

Nous étudierons dans 4 sections différentes les atténuations apportées par la jurisprudence au principe de la nullité de la reconnaissance et à celui de l'interdiction de la recherche en justice.

SECTION PREMIÈRE

Elle valide les promesses d'aliments contenus dans des actes sous seing privé de reconnaissance.

Lorsqu'un père adultérin ou incestueux (1) ou plus généralement naturel, dans un écrit quelconque reconnaît son enfant et s'engage à le nourrir et à l'élever, les tribunaux valident la promesse et forcent le promettant à s'exécuter.

Cette solution conforme à la morale et à l'équité est en plein désaccord avec les textes et absolument dérogatoire au principe de la nullité de la reconnaissance.

L'engagement doit être suffisamment net, mais il peut être pris en termes quelconques. « Tu sais bien que pour ton enfant, c'est dit, convenu, arrêté, sois convaincue qu'il ne sera jamais à ta charge (2) ». « Je m'oblige en tant que besoin sera, sur l'honneur d'un honnête homme, à titre de dommages et intérêts et pour lui donner le moyen d'élever convenablement notre enfant à lui payer au premier janvier prochain la somme de 20.000 fr. (3) ». L'engagement peut même résulter de tout un ensemble de circonstances. « Considérant qu'en 1897, O. (étant marié) a noué avec la demoiselle M. des relations qui se sont

(1) Douai, 2 août 1906, *Gaz. des Tribunaux*, 1907, 2, 108; Paris, 18 février 1910, S., 1910, 2, 220.

(2) Bordeaux, 5 août 1847, D., 1848, 2, 97.

(3) Douai, 3 décembre 1853, D., 1855, 2, 133.

poursuivies sans interruption jusqu'à la fin septembre 1907 ; que le 1er avril 1898, la demoiselle M. est accouchée d'une fille nommée R. et qu'elle a reconnue ; que depuis la naissance de cette enfant, O. n'a cessé de subvenir aux frais de son entretien ; qu'en septembre 1907, il lui faisait ouvrir un livret à la Caisse d'Epargne, que l'appelante produit un certain nombre de coupons relatifs à des envois d'argent et sur lesquels O. lui écrit ; le 3 février 1906, « apporte-moi le livret de R. embrasse-là bien pour moi », le 10 août 1907, « envoie-moi la reconnaissance de ma bague, embrasse bien R. ». Le 27 août 1907, au sujet d'une paire de chaussures qu'il a chez lui et qu'il destine à R. « Est-ce que c'est la pointure de R. envoie-moi un mot pour que je sache », et d'autres écrits du même genre exclusivement consacrés comme les précédents à R. M... » (1)

Pour éviter les objections que soulèvent ces jugements la jurisprudence aurait pu confondre cette action avec l'action en dommages-intérêts dus en cas de séduction. Elle aurait vu dans ces promesses l'engagement pris par le séducteur de réparer le préjudice causé à la mère. Le résultat eût été cependant bien mince ; non seulement l'enfant n'aurait pu exercer l'action, mais la mère elle-même n'en aurait eu l'exercice que lorsque sont réunis les éléments constitutifs du délit civil, c'est-à-dire : le fait illicite, manœuvres dolosives, abus d'autorité, et le préjudice causé. Or, on voulait aller plus loin, donner à l'enfant l'exercice de l'action et déclarer les promesses valables dans tous les cas.

La jurisprudence a vu dans ces promesses l'exécution

(1) Paris, 18 juillet 1910, S., 1910, 2, 220.

d'une obligation naturelle (1), transformée en obligation civile par suite de la confirmation dont elle est l'objet. L'individu, qui met au monde un enfant, contracte, par ce seul fait, l'obligation de le nourrir ; mais la loi civile, pour favoriser le mariage et la famille, ne sanctionne cette obligation qu'en cas de filiation acceptée ou volontairement reconnue dans les formes déterminées par elle ; alors seulement l'enfant aura l'exercice de l'action. Or, ici nous sommes en présence d'une reconnaissance doublement nulle pour ainsi dire, d'abord parce qu'interdite par l'article 335, ensuite par ce que sous seing privé, aussi l'enfant ne peut-il avoir l'action du chef de sa filiation. Mais malgré la nullité de la reconnaissance, l'obligation naturelle du père subsiste intacte, la simple croyance qu'il a dans sa paternité suffit à la faire naître. Or, le propre d'une obligation naturelle c'est de se transformer en obligntion civile lorsqu'elle est expressément et volontairement confirmée. C'est ce qui se produit ici. Le père confirme dans un écrit cette obligation naturelle, elle devient dès lors civile et susceptible d'exécution forcée (2).

La doctrine n'a pas laissé passer cette théorie sans protester. Les uns ont dit : c'est donner effet à une reconnaissance prohibée par la loi, mais non, répond la jurisprudence : l'enfant se présente ici comme créancier et non comme fils adultérin ou incestueux. C'est une donation nulle pour inobservation des formes, disent les autres, mais, répond-on, l'exécution d'une obligation naturelle est

(1) Grenoble, 20 janvier 1831, S., 1833, 2, 538 ; Rennes, 15 décembre 1834 ; S., 1837, 2, 506.

(2) Angers, 11 août 1872, D., 1873, 1, 180 ; Montpellier, 7 décembre 1843, D., 1844, 2, 122 ; Bordeaux, 5 août 1847, D., 1848. 2, 97.

un paiement et non une donation (1). Voici l'objection capitale : c'est une recherche indirecte de paternité. La jurisprudence a tout d'abord répondu que le père étant engagé comme débiteur et non comme père, on ne saurait parler de recherche de paternité. « Attendu (2), qu'un pareil engagement n'a été de la part de celui qui l'a souscrit que l'accomplissement d'un devoir de conscience dérivant d'une obligation naturelle et convertie par la volonté libre et spontanée de son auteur en une obligation civile ; attendu que cette obligation avait dès lors un caractère licite en dehors de la paternité du demandeur sur laquelle la Cour n'a pas eu à se prononcer ».

Puis devant cette remarque que l'obligation naturelle avait elle-même pour cause la paternité, la jurisprudence a tout simplement nié qu'il y eut recherche de paternité. Si la promesse est faite à la mère, elle est la réparation d'une faute commise (3). Et si elle est faite à l'enfant, elle aura sa source dans une croyance, dans une conviction du père, mais ce n'est point là un aveu de paternité. « Attendu (4), que celui qui dans la pensée qu'il peut être le père de l'enfant, s'engage d'une manière expresse à pourvoir à ses besoins ne fait que remplir un devoir de conscience et acquitter une dette naturelle ; qu'un tel en-

(1) Cass., 15 janvier 1873, D., 1873, 1, 180 ; Cass., 27 mai 1862, D., 1862, 1, 208 ; Aix, 8 avril 1873, D , 1874, 2, 54.

(2) Angers, 11 août 1872, D., 1873, 1, 180 ; Orléans, 2 mai 1881, D., 82, 244 ; Macon, 5 février 1895, P. F., 1896, 2, 131 ; Lyon, 10 juillet 1890, P. F., 1891, 2, 46 ; Cass., 30 juillet 1900, S., 1901, 1, 259 ; Nice, 30 novembre 1903, *Gaz. Trib.*, 28 janvier 1904.

(3) Orléans, 2 mars 1881, D., 1882, 2, 44 ; Seine, 1896, *Le droit*, 12 février 1897.

(4) Bordeaux, 5 janvier 1848, D., 1848, 2, 78.

gagement quand d'ailleurs il est libre et spontané n'a rien que la morale n'avoue et qui ne doive être sanctionné par la justice ; qu'il ne puise point sa cause dans la qualité de père et dans un aveu sans valeur aux yeux de la loi, mais dans un sentiment intime, dans une croyance honorable qui peut très bien subsister alors que la paternité demeure incertaine aux yeux de celui qui s'oblige. »

Le principe admis on pouvait aller loin dans cette voie. On n'exige même plus un écrit. Des arrêts décident qu'une simple promesse verbale accompagnée d'un commencement de preuve par écrit permettent la preuve par témoins et par présomptions (1). D'autres, (2) ont vu un engagement suffisant dans des promesses vagues, telles que celles-ci : « Je m'engage à ne pas oublier l'enfant. » « J'ai fait la faute je la réparerai. » D'autres, (3) on dit que l'engagement civil pourrait résulter d'un ensemble de faits précis et concordants, tels que le paiement des frais d'accouchement, des mois de nourrice.

D'autres (4) ont condamné le père à nourrir l'enfant sous prétexte qu'il en avait été question dans de simples pourparlers. D'autres enfin n'ont même plus donné de raisons juridiques, « que s'il lui était permis en 1907 de se séparer de l'appelante (la mère) il (le père) ne pouvait brusquement abandonner la jeune R. (enfant adultérin) sans méconnaître la dette d'honneur et de conscience qu'il avait contractée en faveur d'une enfant que du reste

(1) 13 mars 1900, P. F., 1902, 2, 212.

(2) Aubusson, 14 février 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 368.

(3) Montpellier, 10 mai 1855, D., 1855, 2, 178 ; Angers, 30 avril 1873, D , 1873, 2, 139 ; Lyon, 30 mai 1895, D., 1896, 2, 278.

(4) St-Severs, 14 février 1906, *Le droit*, 25 août 1906.

il aimait et qui lui témoignait la plus vive affection » (1).

Et maintenant que reste-t-il du principe écrit dans l'article 335 « la reconnaissance ne pourra profiter à l'enfant. » ?

Au fond, d'après les principes rigoureux du droit un tel engagement devrait être sans valeur. Il n'y a pas de filiation, l'enfant n'a pas de père aux yeux de la loi, puisque la reconnaissance est nulle. Il nous faut effacer cette reconnaissance et il ne nous reste qu'une promesse d'aliments, qu'une obligation sans cause, puisqu'elle est basée sur une cause inexistante. Cette promesse ne vaut pas à titre de donation, car elle est contenue dans un acte sous seing privé et la donation doit être authentique. Certes, nous avons là une promesse digne d'intérêt, mais le simple devoir de conscience n'engendre pas d'action et ne peut servir de cause à un engagement. On ne peut pas dire qu'il y ait une obligation naturelle transformée en obligation civile par la confirmation. L'obligation naturelle en effet doit avoir elle-même une cause et cette cause c'est ici la paternité ; qui si on la fait consister dans une croyance vague en une paternité ; supposée, la paternité n'en reste pas moins la cause de l'obligation. De plus, l'obligation naturelle n'est novée en obligation civile que lorsque l'écrit qui la reconnaît constitue un engagement civilement obligatoire dans l'esprit de son auteur, mais l'écrit ne donnerait pas d'action s'il ne contenait qu'un simple aveu de la dette, même avec indication de l'intention de s'acquitter. Or quand une promesse est contenue dans des formules telles que : j'ai fait la faute, je la réparerai, je promets de ne pas oublier l'enfant ; ou quand on la tire de simples présomptions peut-on dire que le promet-

(1) Paris, 18 juillet 1910, S., 1910, 2, 220.

tant a voulu prendre un engagement civilement obligatoire ?

Quoiqu'il en soit, et quelles que soient les réticences dont on entoure cette idée, il n'en résulte pas moins qu'un père adultérin ou incestueux a reconnu son enfant, qu'ils s'est engagé à le nourrir et à l'élever et que les tribunaux valident l'engagement. Or, cela est évidemment contraire à l'article 335.

Il faut toutefois remarquer que si aucune promesse d'aliments n'a été faite à l'enfant, il ne peut se baser sur la reconnaissance dont il est l'objet pour réclamer une pension (1).

SECTION II

Elle tient compte du préjudice pécuniaire dans les dommages-intérêts, accordées à la fille séduite.

La jurisprudence a donc mis l'enfant à l'abri de la misère lorsque son père adultérin ou incestueux s'est laissé arracher une promesse quelconque. Il restait encore à faire dans cet ordre d'idées, il fallait punir le séducteur alors même qu'il n'aurait rien promis. La jurisprudence a été frappée par cette irresponsabilité. Qu'un malfaiteur, poussé par la misère s'empare du bien d'autrui et la loi ne lui laisse aucun répit. Mais qu'un séducteur « en gants jaunes » comme les appelle Laurent, profane la foi conjugale, vole l'honneur d'une femme, abandonne ses enfants à une vie

(1) Demolombe, V, 587, D. P., 725, 5° et 731, 2°.

de misère et de honte, et la loi le couvre de sa protection. Poursuivi, il se retranchera derrière l'article 342 et, ce mariage qu'il a bafoué, lui assurera l'impunité. La jurisprudence est intervenue pour rendre l'homme responsable de ses fautes ; ou, pour protéger la femme et l'enfant, elle a créé un délit civil nouveau : le délit de séduction. Le droit romain confisquait une partie des biens du séducteur ou le condamnait à la relégation. L'ordonnance de Blois le punissait de mort et celle de 1730 laissait le juge libre de la peine : le droit canonique le condamnait à doter sa victime, tandis que le Code civil à la suite du droit révolutionnaire, le laisse impuni. La jurisprudence a comblé ce vide qui était un véritable danger social.

Les tribunaux repoussèrent tout d'abord les demandes des filles séduites « car admettre la preuve d'une obligation qui ne peut avoir d'autre cause que la paternité, c'est admettre indirectement la recherche de la paternité et tromper la sage prévoyance de la loi dont le but a été de prévenir les débats scandaleux » (1). C'était conforme aux principes.

Puis il y eut un revirement ; sur le fondement de l'article 1382, on accorda des dommages-intérêts lorsque la séduction présentait les caractères du délit civil, c'est-à-dire lorsqu'elle était accompagnée d'un fait illicite imputable à son auteur et d'un préjudice causé (2). On se

(1) Cass., 10 mai 1808, S., 1808, 1, 231 ; D. P., 598, 748 ; Caen, 24 août 1854, D., 1855, 2, 178.

(2) Cass., 26 juillet 1864, D., 1864, 1, 347, S., 1865, 1, 39 ; Toulouse, 24 novembre 1864, D., 1865, 2, 7 ; Bordeaux, 14 novembre 1864, S., 1865, 2, 7 ; Nîmes, 7 janvier 1867, S., 1867, 2, 34 et 21 décembre 1875, D., 1876, 2, 206 ; Aix, 11 août 1873, D., 1876, 2, 84 ; Paris, 4 juin 1892, D., 1892,

montre d'ailleurs de moins en moins difficile dans l'appréciation du fait illicite : l'abus d'autorité (1), le prestige de la parenté (2) suffisent pour colorer la séduction et permettre la demande : « attendu que la qualité de ce dernier, la délégation d'autorité qu'il a reçue de la famille, lui faisait un devoir de conscience et d'honneur de surveiller sa parente, de la diriger et à plus forte raison de la respecter ». Actuellement même « la contrainte morale exclusive d'un consentement intelligent et libre » suffit. Cette large appréciation de l'article 1382 est à l'abri de la critique et ne porte nulle atteinte à l'article 342 (3).

Mais, lorsqu'il s'est agi de calculer le montant des dommages-intérêts, la jurisprudence s'est écartée de la loi et a admis une véritable recherche de paternité. Il fallait opter en effet : ou bien ne tenir compte que du préjudice moral causé à la fille séduite, ou bien faire aussi entrer en ligne le préjudice matériel. En ne tenant compte que du préjudice moral on restreignait singulièrement la portée de l'action. La femme seule pouvait agir en son nom personnel et jamais au nom de l'enfant et, dans le calcul de l'indemnité, il ne fallait tenir compte ni des frais de grossesse, ni de l'entretien de l'enfant. Fallait-il, au contraire, élargir l'action, parler du préjudice matériel, c'est-à-dire de la maternité et augmenter de ce chef l'indemnité allouée ? La question était délicate, en ne tenant compte

2, 358 ; Grenoble, 2 février 1897, D., 1898, 2, 57 ; Nîmes, 12 mars 1901, S., 1902, 2, 207 ; Lille, 26 juin 1905, *Gaz. Trib.*, 3 juillet 1905 ; Bar-sur-Aube, 10 novembre 1905, *Gaz. Pal.*, 17 février 1906.

(1) Lyon, 12 juillet 1890, P. ch., 1891, 246.

(2) Bourges, 28 mai 1879, D., 1880, 2, 3.

(3) Cass., 26 juillet 1864, D., 1864, 1, 347, S., 1865, 1, 39.

que du 1er élément, on restait dans les termes de la loi, mais on violait ouvertement les articles 340 et 342 en parlant du préjudice matériel.

Marcadé avait prévu l'objection, aussi conseille-t-il une grande précaution de langage. « cette précaution sera de laisser passer les faits sans leur donner leur qualification propre, d'admettre les choses en écartant les mots. Pleine latitude pour les choses que les juges examineront et apprécieront dans tous leurs détails pour attribuer consciencieusement à la victime toute la réparation qui peut lui être due conformément à l'article 1382 ; extrême réserve dans les termes de manière à ne rien écrire dans les pièces de la procédure et surtout dans le jugement qui contienne une attribution de paternité. On parlera de la séduction de la fille par l'homme, de la perte de la considération que cet homme a causé à la femme, de l'avenir dont il l'a privé, des préjudices qu'il lui a causés, mais on aura soin de ne préciser nulle part que c'est lui qui l'a rendu mère, que c'est de ses œuvres qu'elle était enceinte, que c'est lui qui a été l'auteur de sa grossesse, attendu que de telles précisions ne sont autre chose que des affirmations de paternité (1) ».

Les tribunaux n'ont plus de tels scrupules. Ils tiennent compte du préjudice matériel dans l'évaluation des dommages-intérêts ; ils invoquent courramment les frais d'accouchement et d'entretien de l'enfant et ils affirment que ce n'est pas là une recherche indirecte de paternité (2).

(1) Marcadé, *Revue critique*, 1853, p. 205.

(2) Paris, 16 mars 1892, D., 1893, 2, 541 ; Nîmes, 21 décembre 1875, D., 1876, 2, 206 ; Caen, 25 avril 1850, D., 1855, 2, 177 ; Paris, 14 février 1890, D., 1891, 2, 309 ; Bourges,

Autre chose, disent-ils, est la recherche de la paternité, autre chose l'action en dommages-intérêts de la fille séduite ; par la 1re on constate une filiation, par la 2e on répare un préjudice. Il n'y a rien de commun entre elles et si on est amené à constater que la grossesse est l'œuvre du séducteur, cette constatation de fait sera sans conséquence à l'égard de la détermination de l'enfant : « Considérant, qu'il ne s'agit nullement dans la cause de rechercher si le sieur S. est le père de l'enfant dont la demoiselle M. est accouchée ; que l'intimée demande uniquement à prouver par voie d'induction que la grossesse est l'œuvre du sieur S. ; que cette demande a pour but non pas de constater l'état civil de l'enfant, mais d'obtenir la condamnation du sieur S. à la réparation du préjudice qui lui serait imputable (1) ».

Ainsi d'après la jurisprudence prouver qu'un tel homme est l'auteur de la grossesse de la femme, ce n'est pas établir qu'il est le père de l'enfant. On est obligé de jouer sur les mots pour accorder une réparation complète à la mère et atteindre le père de l'enfant qui n'a rien promis. Il est incontestable, en effet, qu'il y a ici recherche indirecte de paternité et que la jurisprudence n'applique pas le principe qu'elle invoque.

7 novembre 1900, *Gaz. Tribun.*, 1901, 1, 226 ; Reims, 3 juillet 1903, *Gaz. des Tribun.*, 1903, 2, 73.

(1) Montpellier, 10 mai 1851, D., 1855, 2, 177 ; Caen, 10 juin 1850, D., 1855, 2, 177 ; Dijon, 27 août 1892, D., 1893, 2, 103 ; Cass., 26 juillet 1864, D., 1864, 1, 397 ; Nancy, 12 novembre 1896, D., 1896, 2, 520 ; Nîmes, 18 mars 1901, S., 1902, 2, 207.

SECTION III

Elle annule une libéralité contenue dans un acte authentique de reconnaissance.

Jusqu'ici nous avons vu la jurisprudence préoccupée d'éviter les conséquences immorales du principe de la nullité et s'efforcer de faire peser sur le père la responsabilité de ses actes; nous allons la voir maintenant rejeter les conséquences scandaleuses de ce principe.

La jurisprudence qui admet la nullité absolue de la reconnaissance annule pour cause illicite une libéralité contenue dans un acte authentique de reconnaissance (1). Elle se base sur deux arguments : 1° Les énonciations corrélatives d'un même acte forment une preuve indivisible et nul ne peut répudier le titre qu'il invoque. Si donc l'enfant vient réclamer la libéralité, la reconnaissance se tourne contre lui. Cet argument est sans valeur. Un titre, en effet, n'est indivisible que lorsque les diverses énonciations qu'il contient sont également probantes et il se peut fort bien, qu'un acte nul à un point de vue, soit valable à un autre. Or nous avons ici deux énonciations distinctes l'une de l'autre, indépendantes : la libéralité et la reconnaissance. L'une n'existe pas juridiquement, elle est le néant, elle ne peut donc produire aucun effet, tandis que la libéralité a une existence propre ; elle doit être valable parce qu'authen-

(1) Limoges, 27 février 1900, S., 1903, 2, 273.

tique, une reconnaissance inexistante ne saurait le vicier.

2° Et alors la jurisprudence invoquant l'idée de cause, annule la libéralité par application des articles 1131 et 1133. La libéralité est motivée par une cause illicite : la croyance du disposant dans sa paternité.

La notion de cause est obscure et débattue. Les auteurs modernes distinguent généralement entre la cause et les motifs. La cause est le but immédiat et direct de l'obligation, le motif en est le but éloigné. Ainsi dans un contrat de vente, le but immédiat qui détermine le vendeur à s'obliger c'est que l'acheteur s'oblige de son côté à lui payer le prix déterminé ; telle est la cause de son obligation. Mais pourquoi vend-il? c'est pour s'acquitter d'une dette, pour cause de départ, pour faire un placement et c'est là le motif. Lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre gratuit, la doctrine admet que la cause réside dans l'esprit de libéralité de celui qui s'oblige. C'est la volonté de donner considérée d'une manière abstraite et indépendamment des motifs qui l'ont fait naître ; « Dans les contrats de bienfaisance, dit Pothier (1), la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle ». Il est certain que dans cette opinion notre libéralité doit être valable. Le père adultérin ou incestueux fait une libéralité à son enfant ; il n'y a pas à rechercher pourquoi il fait cette libéralité, la volonté de donner qu'il exprime dans l'acte suffit pour la valider. Les considérations qui ont fait naître cette libéralité sont les motifs dont les tribunaux n'ont pas à connaître. Et alors même que ces considérations sont énoncées dans l'acte, il n'y a pas à s'en inquiéter, elles

(1) Pothier, *Des obligations*, I, n. 42.

sont réputées non écrites. Mais la jurisprudence raisonne autrement. Dans les contrats à titre gratuit, dit-elle, la cause de l obligation ne réside pas dans la volonté de donner ainsi que la doctrine le prétend, mais dans les motifs de l'intention libérale ; c'est-à-dire dans la raison déterminante qui a poussé le donateur à agir. Il faut examiner pourquoi la libéralité est faite et si les motifs sont illicites annuler la libéralité. C'était l'opinion de Domat (1) et elle trouve sa source dans le droit romain : *Non sine causa obvinutin* (*donationes*) *sed ob meritum aliquod*, disait Ulpien (2).

Même avec cette théorie, la libéralité doit être maintenue dans notre hypothèse. Puisque la validité de la libéralité dépend des motifs qui ont poussé le donateur à consentir il faudrait pour l'annuler qu'il fut démontrer que la libéralité a été exclusivement déterminée par la croyance du disposant en sa propre paternité. Il faudrait démontrer que la cause honteuse est la seule et que sans elle le disposant n'eut pas fait la libéralité, car s'il existe un seul motif licite, la libéralité peut dériver de lui. Or c'est là une preuve sinon impossible du moins fort difficile à faire ; il faudrait que le disposant ait déclaré lui-même que sa paternité est le seul motif de sa libéralité. Bien mieux, il faudrait que ce motif fut légalement établi pour constituer une cause illicite, il faudrait qu'il fut établi que le donateur est probablement le père de l'enfant : or, cette démonstration ne peut pas être faite, l'article 342 le défend. D'un autre côté la reconnaissance est nulle, comment décider qu'une cause qui n'existe pas est illicite ?

(1) Domat, *Lois civiles*, l. I, t. I, sect. 1, n. 5 et 6.
(2) Ulpien, *Dig*., l. XVII, t. II, p. 9.

La vérité c'est que les tribunaux ont été choqués de voir un individu proclamer sa honte dans un acte authentique, malgré la défense de la loi, et se faire ensuite comme un bouclier de son illégalité pour commettre une nouvelle immoralité.

Remarquons d'ailleurs que la morale que l'on veut avant tout faire respecter sera tout de même bafouée. En effet, la jurisprudence décide que pour annuler une disposition à titre gratuit pour cause illicite, on ne peut rechercher cette cause que dans l'acte lui-même (1). Si donc la reconnaissance se trouve dans un acte antérieur, la libéralité sera inattaquable. Par conséquent un père adultérin ou incestueux peut faire une reconnaissance authentique de son enfant ; puis dans un acte différent, il fera une libéralité à ce même enfant. La libéralité sera valable pourvu que le père ait le soin de ne faire aucune allusion à sa reconnaissance antérieure. Il aura ainsi malgré la jurisprudence proclamé sa honte dans un acte authentique et fait une libéralité valable. C'est une prime accordée à la ruse.

Toutefois cette dernière conséquence pourrait bien disparaître, car un arrêt récent a jugé que la preuve du caractère illicite de la cause peut se tirer de documents extrinsèques ou de circonstances particulières (2). Mais alors il faudra procéder à une véritable recherche de la filiation ce que l'art. 342 défend.

(1) Rennes, 4 juillet 1894, D., 1897, 1, 449 ; S., 1897, 1, 89 ; Cass., 6 décembre 1876, S., 1877, 1, 67.

(2) Cass., 2 janvier 1907, D., 1907, 1, 137, note Colin, S., 1911, 1, 505, note Wahl.

SECTION IV

Elle applique aux enfants adultérins ou incestueux les articles 161 et s. sur les empêchements au mariage.

Nous avons déjà vu la jurisprudence violer la loi bien souvent, lorsque des intérêts pécuniaires sont en jeu. Dans une question autrement grave elle s'est encore vu dans la nécessité de prendre nettement parti contre la loi, car le principe légal aboutit à des conclusions contraires à toutes les données de la conscience.

Les articles 161 et s. du Code civil prohibent le mariage entre ascendants et descendants, frères et sœurs légitimes ou naturels et alliés au même degré, entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. Il ne viendrait à l'idée de personne de contester l'utilité de ces défenses. Indépendamment des raisons physiologiques sur lesquelles elles se fondent, on peut invoquer des considérations sociales de la plus haute portée. Le désir d'assurer la tranquillité et le bon ordre dans les familles, de maintenir la moralité et la pureté dans les foyers sont des raisons au-dessus de toute discussion. Fallait-il soumettre les enfants adultérins et incestueux à ces prohibitions, ou au contraire sont-ils en dehors de la loi ? La question ne se poserait pas si leur filiation était légalement connue ou pouvait l'être, il est évident qu'ils ne sauraient alors échapper à nos articles.

Mais leur état ne sera qu'exceptionnellement établi et pour les soumettre à la prohibition de la loi, il faudrait se

livrer à des investigations, il faudrait constater judiciairement la filiation, ce que l'article 342 interdit formellement.

La question est âprement discutée. De nombreux auteurs et la jurisprudence (1), voulant à tout prix empêcher le mariage d'un père avec sa fille adultérine ou incestueuse par exemple, n'hésitent pas à faire échec aux règles gouvernant cette filiation. Ils admettent ici la recherche de la filiation et décident qu'il suffit qu'elle soit établie d'une manière quelconque pour constituer un empêchement. Il en était d'ailleurs ainsi en droit romain, le mariage entre parents en ligne directe était absolument interdit alors même que la parenté eut été un lien purement naturel, non susceptible d'être légalement prouvé.

Et cependant malgré son immoralité, malgré les conséquences désastreuses auxquelles elle conduit, nous devons décider que la solution contraire est seule légale. D'après les textes, les empêchements au mariage édictés par les articles 161 et s. ne sont pas applicables aux enfants adultérins et incestueux dans les nombreux cas où leur filiation n'est pas légalement établie. Pour eux aucun empêchement, tout mariage est licite.

La jurisprudence déclare tout d'abord que les articles 161 et s. du Code civil, contiennent un principe de droit naturel, applicable dans tous les cas à tous les enfants quels qu'ils soient et elle s'appuie sur les travaux pré-

(1) Merlin, *Rep. Empêchements*, p. 4 ; Vazeille, I, 107 ; Allemand, I, 31 ; Demolombe, III, 107 et 108 ; Proudhon, II, 178 ; Delvincourt, I, 67 et 93 ; Marcadé, I, 161 ; Caen, 1833, jurisprudence de Caen, II, 643 ; Versailles 1892, S., 1892, 2, 92.

paratoires. La Cour de Lyon « afin de prévenir des recherches souvent calomnieuses, toujours scandaleuses que la haine ou l'avidité pourrait faire d'une paternité ignorée ou supposée » avait proposé d'ajouter l'expression : légalement reconnus, aux mots : enfants naturels que contiennent nos articles. Cette addition eut permis de ne pas appliquer les empêchements aux enfants adultérins ou incestueux. Mais, dit la jurisprudence, le législateur n'a pas reproduit cette expression, ce qui démontre bien qu'il a voulu établir une règle générale, applicable à tous les enfants reconnus ou non. Cette conclusion est inexacte, car on ignore pour quel motif la proposition de la Cour de Lyon n'a pas été prise en considération ; elle peut être passée inaperçue et on peut très bien supposer qu'on n'a pas jugé à propos de l'insérer, attendu qu'elle n'est que l'expression du droit commun.

Mais alors si le caractère de l'union est évident, notoire, connu, allons-nous permettre à l'officier de l'état-civil de procéder à un tel mariage, sous prétexte que la filiation n'est pas légalement établie ? Très certainement ; nous avons en effet à choisir entre deux solutions aussi immorales l'une que l'autre : ou bien autoriser le mariage entre un individu et son parent adultérin ou incestueux, ou bien empêcher cette union par une recherche de filiation, jetant le trouble dans les familles et déprimant la société par des débats scandaleux, or, si nous tenons compte de la crainte du scandale qui dans toute cette matière a guidé le législateur, nous devons répondre qu'il est plus conforme à ses intentions d'autoriser l'union que de soulever le débat.

Supposons d'ailleurs que l'officier de l'état-civil célèbre le mariage, il faudra l'annuler après avoir recherché la

filiation et alors au lieu d'un seul scandale nous en aurons deux.

De plus les articles 335 et 342 sont généraux et rien ne nous dit qu'il faut y faire exception en ce qui concerne les empêchements au mariage. Ce serait enfin aboutir à un résultat absurde que d'admettre dans notre hypothèse la recherche de la filiation. Voici un individu qui veut se marier avec son parent adultérin ou incestueux, par une recherche en justice de la filiation, nous empêchons cette union, quel va être l'état de cet enfant ? il sera adultérin ou incestueux vis-à-vis de son parent en ce qui concerne le mariage et il lui sera étranger dans tous les autres cas. Or l'état-civil des personnes ne peut ainsi se diviser : un enfant a un état ou il n'en a pas, il ne peut pas en avoir un pour partie.

La vérité, c'est qu'on ne pouvait admettre cette solution dans la pratique et qu'il était impossible de permettre cet odieux mariage. Mais nous constatons une fois de plus que la jurisprudence a fait abstraction des textes et qu'elle s'est mise en contradiction directe avec la loi.

Conclusion. — Si, maintenant, jetant un regard en arrière nous voulons résumer en quelques lignes toutes ces études, nous dirons : 1° les textes sont formels, la reconnaissance volontaire des enfants adultérins et incestueux est interdite et si une telle reconnaissance a été faite au mépris de la loi, elle n'existe pas ; la recherche en justice d'une telle filiation est prohibée dans tous les cas. 2° la jurisprudence tout en admettant ces principes n'a pu les appliquer dans toutes leurs conséquences, elle eut abouti à des conclusions immorales et scandaleuses. Et alors, elle a inventé des raisonnements subtils pour tourner la loi en annulant les libéralités contenues dans des actes

authentiques de reconnaissance ; elle a fait appel à des principes à côté pour ne pas appliquer la loi en validant des promesses d'aliments contenues dans des actes sous seing privé de reconnaissance ; elle a désobéi ouvertement à la loi en tenant compte du préjudice matériel dans les dommages-intérêts accordés à la fille séduite ; elle s'est révoltée contre la loi en appliquant aux enfants adultérins ou incestueux, les empêchements au mariage qui n'ont pas été édictés pour eux.

« La jurisprudence s'efforce d'abord de plier les textes aux besoins nouveaux, mais un moment arrive tôt ou tard où ce procédé est impuissant parce que le texte résiste, qu'il est impossible de le plier, même de le tourner et qu'il faut l'appliquer ou le briser (1). »

C'est là une preuve sûre que la loi est mauvaise, qu'il faut aérer l'édifice et y construire des fenêtres. Malgré les apparences, malgré les prétendus scandales, il faut décider que la recherche de la filiation adultérine ou incestueuse doit être possible dans tous les cas, tandis que la reconnaissance doit être interdite, car cet enfant n'a pas à pénétrer dans la famille. A chacun ses responsabilités et quand un individu se méprise assez lui-même pour manquer à tous ses devoirs d'honnête homme, la loi doit le pourchasser partout pour lui faire endosser les conséquences de ses actes, au lieu de se voiler la face pour ne pas voir le crime. Quand donc le Code appliquera-t-il aux parents coupables, les principes de responsabilité que l'on proclame partout ?

(1) Batbie, *Correspondant*, janvier 1866.

CHAPITRE IV

CAS OÙ LA FILIATION SE TROUVE LÉGALEMENT ÉTABLIE

Le législateur par haine de la filiation adultérine et incestueuse qui mine l'institution du mariage, par crainte du scandale qui résulterait de la divulgation de cette filiation aurait voulu ne jamais parler des enfants adultérins ou incestueux.

Pour éteindre jusqu'au souvenir de leur naissance il a édicté dans les articles 335 et 342 des règles précises et son vœu semble réalisé.

Cependant les circonstances sont plus fortes que la volonté de la loi, ces enfants qu'elle veut ignorer existent, quelquefois, leur filiation sera légalement établie par la force même des choses, la loi ne pourra plus détourner ses regards et devra malgré elle s'occuper d'eux. Elle l'a fait, mais bien à regret. Ces hypothèses sont les conséquences nécessaires de principes admis dans d'autres matières, quoique peu nombreuses, il était impossible de ne pas les prévoir. Aussi le législateur s'en est-il occupé avec une brièveté qui n'a d'égale que la mauvaise grâce.

Ces enfants venus pour détruire la famille n'auront que peu de choses à demander à leurs auteurs et seront soumis à de faibles obligations.

1^er^ *Cas.* — Enfant né d'une femme mariée après le 180^e^ jour du mariage et désavoué par le mari ou par ses héritiers.

Lorsqu'une femme aura un enfant, nous pourrons à l'aide des présomptions établies par la loi à cet égard, déterminer approximativement l'époque de la conception ; nous référant ensuite à l'acte de mariage, nous saurons si la femme était mariée à cette époque, mais la paternité demeurant incertaine, nous ne saurons jamais d'une façon absolue quel est le père. Cependant, dans le mariage la fidélité conjugale est la règle, le crime, l'exception ; les époux doivent cohabiter et la femme suivra son mari partout où il juge à propos de résider ; si la femme commet un adultère, le mari peut la faire condamner. Ces diverses circonstances font fortement présumer la paternité du mari. Aussi le Code civil, à la suite du droit romain, a-t-il établi cette présomption à l'encontre du mari. Mais, comme les autres, cette présomption est sujette à erreur. aussi, dans certains cas étroitement limités, le mari pourra-t-il la rejeter.

Si la naissance n'a pas été cachée au mari, celui-ci pourra établir qu'il y a eu impossibilité physique de cohabitation entre sa femme et lui pendant le temps où la conception a été possible, c'est-à-dire, du 300^e^ ou 180^e^ jour avant la naissance. Cette impossibilité physique résultera soit de l'éloignement et il faudra établir que les époux ne se sont jamais rencontrés dans cet intervalle, soit d'une impuissance accidentelle résultant d'une mutilation ou d'une maladie grave. La preuve sera sévèrement appréciée, il faut une impossibilité matérielle, absolue, une grande improbabilité, une grave difficulté ne suffiraient pas (1). Une im-

(1) Bourges, 6 juillet 1868, S., 1869, 2. 44.

puissance naturelle, même manifeste, ne ferait pas admettre l'action, car la preuve en serait trop scandaleuse et trop incertaine.

Si la femme atteste par sa conduite l'origine adultérine de l'enfant, si, par exemple, elle cache au mari son état de grossesse ou si elle fait inscrire l'enfant comme né de père inconnu, le mari sera admis à invoquer tous les faits de nature à convaincre le juge pour effacer la présomption qui pèse sur lui.

Si l'enfant naissait plus de 300 jours après l'ordonnance du Président autorisant les époux à demeurer séparement ou s'il était conçu pendant la séparation de corps, la simple dénégation du mari serait suffisante pour rejeter sa paternité.

L'action est personnelle chez le mari ; seul, il peut l'exercer dans les délais très brefs de l'article 316. Il devra agir dans le mois qui suit la naissance de l'enfant et si cette naissance lui a été celée, il aura deux mois après la découverte de la fraude. Si le mari meurt avant l'expiration des délais de prescription, les héritiers auront deux mois pour agir. Ce délai courra soit du jour où l'enfant se met en possession des biens du père, soit du jour où les héritiers seront troublés par lui dans cette possession. Les créanciers des héritiers pourraient agir dans les mêmes conditions (1166) (1).

L'action aura pour résultat de constater légalement une filiation adultérine. L'enfant sera adultérin vis-à-vis de sa mère seulement et restera complètement étranger au complice de sa mère, car si l'adultère, le recel, l'impossibilité morale de cohabitation prouvent que l'enfant n'est pas du

(1) Aubry et Rau, VI, 52.

mari, ils n'établissent pas qu'il est du complice de la femme.

Remarquons toutefois que l'enfant peut être né moins de 180 jours après la célébration du mariage, le mari pourra le désavouer par simple dénégation, mais il devra établir qu'il n'a pas connu l'état de sa femme avant le mariage et il serait débouté s'il avait d'une manière quelconque reconnu sa paternité. Dans ce cas l'enfant serait naturel simple car sa conception se place au moment où la mère était libre.

Nous voyons combien est forte la présomption de paternité qui pèse sur le mari et combien sera incertain le succès de l'action en désaveu ; la loi ne l'accorde que difficilement et les tribunaux ne l'admettent qu'avec une extrême réserve. Cela était nécessaire pour protéger efficacement le mariage et en faire une institution respectée. Le mari abandonné par sa femme ou qui a sur elle de justes soupçons, fera une demande en séparation de corps ou en divorce pour se mettre à l'abri des surprises d'une paternité ; et si par incurie il n'agit pas, la paternité qui pourrait lui échoir serait la juste punition de sa négligence. D'ailleurs le sort de l'enfant adultérin est si misérable qu'on ne doit admettre le désaveu qu'avec prudence.

2° *Cas.* — Lorsqu'un enfant qui n'a ni titre, ni possession d'état établit en justice qu'il est né d'une femme mariée, le mari est admis à prouver que l'enfant n'est pas de ses œuvres.

La présomption de paternité établie dans un but de protection pour le mariage ne doit pas se retourner contre cette institution et permettre à des aventuriers de s'introduire dans les familles. Or il peut se faire qu'un enfant né de père et mère inconnus et n'ayant aucune possession d'état recherche une filiation légitime. S'il apporte des

témoignages étayés par un commencement de preuve par écrit ou par des présomptions et indices graves, sa demande peut être admise. Son succès établira sa maternité légitime et comme sa mère était mariée à l'époque de la conception, il sera réputé fils du mari de cette femme en vertu de l'article 312. Or cette présomption de paternité est dans notre hypothèse éminemment suspecte. Il y a de grandes probabilités pour que l'enfant n'appartienne pas au mariage, car l'acte de naissance et la possession d'état, preuves normales d'une filiation légitime, font ici défaut. Aussi la loi tout en conservant la présomption de paternité n'a pas eu en elle la même confiance et lui a enlevé une grande partie de sa force probante. Le mari pourra rejeter le présomption par tous les moyens, il lui suffira d'établir une simple impossibilité morale de cohabitation avec sa femme au moment de la conception de l'enfant ; il lui suffira de convaincre le juge qu'il n'est pas le père de l'enfant (1). Le mari n'est d'ailleurs pas le seul à pouvoir agir, tout intéressé pourra contester la légitimité de l'enfant, soit dans un but pécuniaire, pour l'exclure d'une succession par exemple, soit dans un but simplement moral, pour lui interdire de porter le nom de la famille (2).

Cette action en contestation de légitimité diffère donc profondément de l'action en désaveu, elle est largement admise au lieu d'être étroitement limitée.

Si l'enfant établit sa maternité et si la présomption de

(1) Toullier, II, 894 ; Zachariæ, III, 660 ; Richefort, I, 348 ; Demolombe, V, 259 ; Aix, 16 juin 1866, S., 1867, 2, 141 ; Rouen, 26 juillet 1838, S., 1838, 2, 401.

(2) Merlin, XVII, *Quest. d'état*, p. 3, art. 2 ; Aubry et Rau, IV, 556 ; Massé et Vergé, I, 291 ; Cass., 25 février 1823, S. 1823, I, 281 ; Cass., 3 avril 1825, S., 1826, 1, 357.

paternité est rejetée, l'enfant sera légalement adultérin, car il est prouvé qu'il est né d'une femme mariée et d'un autre que son mari ; on pourrait objecter que c'est là une recherche indirecte de filiation adultérine. Tel n'est pas ici le caractère de l'action. Non seulement l'enfant ne réclame pas un état d'enfant adultérin, mais il se proclame légitime ; si par le jeu des principes admis dans l'article 325, il en résulte une filiation adultérine, ce sera par la force même des choses car rien au début de l'action ne pouvait faire prévoir un pareil résultat. Cette considération limite d'ailleurs l'exercice de l'action. Il ne suffit pas que l'enfant déclare dans sa demande rechercher une filiation légitime, il faut encore que les circonstances qu'il invoque soient de nature à justifier sa prétention. Mais, si les faits articulés tendaient à démontrer qu'il est bien le fils de la femme qu'il recherche pour mère, mais qu'il n'est pas l'enfant du mari de cette femme, la demande ne saurait être prise en considération ; elle sera rejetée sans aucun examen car, sous couleur de rechercher une filiation légitime, elle tend à faire constater une filiation adultérine (1).

On a objecté que le tribunal usurpera ainsi l'action en désaveu qui n'appartient qu'au mari ou à ses héritiers. Mais il faut remarquer que nous sommes en présence d'une action en réclamation d'état et non d'une action en désaveu ; l'enfant n'a ni titre, ni présomption légale, il est donc bien moins digne d'intérêt que lorsqu'il est l'objet d'un désaveu. Les magistrats peuvent dès lors apprécier en toute liberté et rejeter la réclamation s'ils sont per-

(1) Cass., 22 juin 1840, D., 1840, 1, 56, S., 1840, 1, 118 ; Cass., 22 février 1843, D., 1843, 1, 680, S., 1843, 1, 180 ; Cass., 1er mai 1849, D., 1850, 1, 697, S., 1849, 1, 618 ; Cass., 18 novembre, 1862., D., 1863, 1, 174.

suadés qu'elle doit aboutir à la constatation d'une filiation adultérine. Les faits d'ailleurs qui peuvent donner cette conviction au juge sont infinis. Il en serait ainsi si le mari avait rejeté par avance sa paternité, si l'enfant déjà reconnu par un homme libre avait une possession d'état conforme ; de même si l'enfant ne met pas en cause le mari de la femme qu'il recherche pour mère. Si dans ce dernier cas, le tribunal admettait l'action, le jugement ne serait pas opposable au mari qui n'a pas été partie au procès, il n'y aurait même aucune présomption de paternité à son égard. On admet cependant d'une façon générale (1) qu'il sera légitime vis-à-vis de sa mère. Nous préférons le déclarer adultérin, le tribunal n'aurait pas dû admettre l'action. Le plus souvent le mari sera mis en cause pour donner plus de poids à la demande de l'enfant. Le mari pourra s'associer à sa femme pour faire rejeter la maternité, ce qui ferait immédiatement tomber la présomption qui s'attache à lui.

Mais s'il reconnaît fondée la réclamation de l'enfant en ce qui concerne la maternité, il se cantonnera sur le terrain de sa paternité, luttera uniquement contre la présomption et tâchera de démontrer que l'enfant n'est pas issu de ses œuvres, et il usera pour cela de tous les moyens propres à convaincre le juge, « attendu que si l'action en désaveu est nécessaire quand il s'agit de priver de son état l'enfant dont la filiation légitime résulte soit de son acte de naissance, soit d'une possession d'état constante... il en est autrement quand il s'agit de repousser la demande d'un enfant qui, dénué de titre et de posses-

(1) Merlin, *Rep. questions de droit*, p. 3, n° 8 ; Demolombe, V, 314 ; Aubry et Rau, VI, 564 ; Laurent, IV, 489.

sion d'état, veut entrer dans une famille à laquelle il est resté étranger jusqu'alors ; que, dans ce dernier cas, le mari peut attendre l'action en réclamation d'état que l'article 323 autorise en faveur de cet enfant et la combattre aux termes de l'article 325 par tous les moyens propres à établir que sa femme n'est pas la mère du réclamant ou même, la maternité prouvée, qu'il n'en est pas le père (1) ».

Si l'enfant réussit à démontrer sa maternité et le père à rejeter la présomption de paternité, l'enfant sera légalement adultérin.

La jurisprudence va loin dans cette voie ; les intéressés pourront agir contre l'enfant alors même qu'il n'a élevé aucune prétention, ils rejetteront ainsi une présomption de paternité susceptible de s'élever un jour. Cette action anticipée en contestation de légitimité ne saurait se confondre avec l'action en désaveu, car elle ne sera admise que si l'enfant n'a ni titre, ni possession d'état. Remarquons que le mari peut avoir intérêt à agir à l'avance, car les preuves dont il dispose peuvent dépérir et le laisser désarmé le jour où l'enfant soulèvera le débat. Il établira que l'enfant est né de sa femme, puis il rejettera la présomption. Et si, plus tard, l'enfant se présente pour rechercher sa mère légitime, son action sera rejetée, car son succès constaterait infailliblement une filiation adultérine.

Cette jurisprudence a soulevé de sérieuses critiques. Le mari devra au préalable établir que l'enfant est né de sa femme. Naturellement, les moyens invoqués seront bles-

(1) Cass., 11 avril 1854, S., 1854, 1, 289 ; Paris, 5 juillet 1843, S., 1844, 2, 93 ; Caen, 17 mars 1847., S., 1848, 2, 93 ; Paris, 11 janvier 1864, S., 1864, 1, 5 ; Cass., 13 juin 1865, S., 1865, 1, 308.

sants pour elle et presque toujours une demande en séparation de corps ou en divorce sera intentée ; tandis que, peut-être, l'enfant n'eut jamais recherché sa maternité légitime et n'eut, par conséquent, jamais invoqué la présomption de paternité du mari. De plus, le mari annonçant par avance qu'il n'est pas le père de l'enfant, recherche une filiation adultérine du moment qu'il démontre que l'enfant est né de sa femme. Que l'on ne dise pas que « c'est le résultat nécessaire du désaveu et que la loi le permet ». Il ne s'agit pas ici d'une action en désaveu, cette action est autre, elle s'exerce dans des conditions différentes, elle suppose d'ailleurs une maternité connue, ici, au contraire, la maternité est inconnue et la rechercher c'est aller à l'encontre de la loi (1).

3° *Cas.* — Lorsqu'un mariage aura été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste et que les deux époux seront de mauvaise foi, les enfants issus de cette union seront légalement incestueux.

Cette hypothèse se différencie des précédentes. En cas de désaveu ou de contestation de légitimité, la filiation est établie vis-à-vis de la mère seulement, tandis qu'elle sera établie vis-à-vis du père et de la mère en cas d'annulation de mariage.

Lorsqu'un individu se marie étant encore engagé dans les liens d'un précédent mariage non dissous, il y a bigamie et le 2e mariage est nul. Si l'époux bigame est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il n'avait aucune raison plausible de se croire libre au moment où il contracte la

(1) Cass , 24 février 1854, D., 1854, 1, 89, S., 1854, 1, 225 ; Cass., 3 mai 1864, D., 1864, 1, 409, S., 1864, 1, 305 ; Cass., 4 février 1851, D., 1851, 1, 117, S., 1851, 1, 208 ; Lyon, 21 janvier 1886, D., 1887, 2, 1, S., 1888, 2, 77.

2e union, il commettrait un crime puni par l'article 340 du Code pénal, des travaux forcés à temps. La loi a pris des précautions suffisantes pour que la bigamie fut rare. La loi du 17 août 1897, qui a complété les articles 70 et 76 du Code civil, exige que la célébration du mariage soit mentionnée sur l'acte de naissance. Or, un extrait de cet acte délivré depuis 3 mois au plus doit être remis à l'officier de l'état civil chargé de la célébration. Il sera ainsi facile de se rendre compte de l'existence du 1er lien, d'exiger des pièces justificatives de sa dissolution et de refuser le mariage si elle n'est pas établie. La bigamie suppose donc des circonstances extraordinaires : double mariage dans les trois mois, défaut de mention sur l'acte de naissance, complicité de l'officier de l'état civil.

Si les deux personnes sont parentes ou alliées au degré prohibé pour le mariage, leur union sera nulle pour vice d'inceste. A tort ou à raison, aucune sanction pénale n'y est attachée, même au cas de mauvaise foi des deux époux. Ces unions seront également rares, la publicité qui entoure les mariages et le système des oppositions sont peut-être suffisants pour les empêcher. En tous cas, les prohibitions de mariage entre parents en ligne directe ou entre frères et sœurs, sont basées sur des sentiments tellement naturels qu'il faut supposer des êtres anormaux ou dégradés pour les fouler aux pieds. Pour les autres empêchements, des dispenses facilement accordées permettent de ne pas se mettre en révolte contre la loi.

Quoiqu'il en soit, si les parties parviennent à contracter de mauvaise foi un mariage entaché de bigamie ou d'inceste, leur union sera nulle, d'une nullité radicale et absolue et les enfants qui en seraient issus, adultérins ou incestueux.

Cette conséquence, au point de vue de la filiation, a soulevé de nombreuses critiques. Puisque le mariage est nul d'une nullité absolue, a-t-on dit, il est censé n'avoir jamais existé et ce serait lui donner quelque valeur que d'en conclure le caractère adultérin ou incestueux des enfants. L'enfant doit être considéré comme né de père et mère inconnus, avec possibilité pour lui de rechercher sa filiation maternelle et d'être reconnu dans les limites voulues par la loi. Sur quoi fonder la filiation de l'enfant ? Il n'a pas été l'objet d'une reconnaissance valable, il n'a rien établi en justice et son acte de naissance a disparu avec le mariage. L'acte de naissance, en effet, ne prouve la filiation que lorsqu'elle est légitime, mais, les enfants issus d'un mariage annulé ne sont pas légitimes, et on ne saurait invoquer pour établir leur filiation adultérine ou incestueuse un titre que le jugement d'annulation a eu pour effet d'anéantir.

Ce raisonnement a été surtout invoqué par ceux qui veulent attribuer quelque effet à la reconnaissance volontaire ou à la possession d'état. Ils prétendent que notre hypothèse ne peut établir légalement une filiation incestueuse et que les articles 762 et 908 seront inapplicables aux enfants incestueux, si on n'accorde quelque crédit à la possession d'état ou à la reconnaissance.

Cette argumentation ne saurait être admise, et nous aurons, dans notre hypothèse, une filiation adultérine ou incestueuse légalement établie. En effet, le jugement qui annule le mariage constate par cela même son existence antérieure, on ne saurait annuler quelque chose qui n'a jamais existé. D'ailleurs , cette existence est un fait, et un jugement ne peut avoir pour effet de détruire rétroactivement un fait, il ne peut qu'en anéantir les conséquences.

Mais ce serait anéantir le fait lui-même que de considérer comme inexistant un acte authentique dressé à une époque où le mariage existait valablement. Or, la naissance de l'enfant a été régulièrement constatée en son temps par acte authentique, et le jugement d'annulation ne peut pas faire que cet acte n'ait pas existé. Bien mieux, le jugement d'annulation, lui-même, ne constate-t-il pas la naissance illégitime de l'enfant ? et comment admettre qu'il a pour effet de détruire une constatation qu'il a précisément pour objet d'établir ? D'ailleurs, la preuve de la filiation de ces enfants résultant de leur acte de naissance a pour fondement la cohabitation publique et forcée des époux, laquelle a légalement existé avant le jugement d'annulation. Il aura donc ici force probante égale à celle qui lui est attribuée en cas de mariage légitime. Et cette force probante sera incontestablement plus sûre que celle qui résulte d'une recherche de paternité admise pourtant en cas d'enlèvement.

Par conséquent, nous devons admettre que la filiation demeure prouvée après l'annulation du mariage et que les enfants seront légalement adultérins ou incestueux (1).

4e *Cas.* — Enfin cette filiation sera légalement constatée lorsqu'un jugement, passé en état de chose jugée, la constatera par erreur de fait ou de droit (2). Les hypo-

(1) Laurent, IV, 438; Demolombe, *Traité du mariage*, I, 345 ; Zachariæ, IV, 94 ; Planiol, I, 1092.

(2) Le 20 juin 1907, la Cour d'Amiens avait condamné un père à payer une pension à sa fille adultérine. La filiation était établie par un jugement antérieur, passé en état de chose jugée, qui avait tenu compte d'une reconnaissance volontaire. C'était une erreur manifeste, mais le jugement était inattaquable. Le père forma un recours contre l'arrêt le condamnant, en se fondant sur ce fait, que la filiation n'était pas légalement

thèses peuvent être infinies. Il en sera ainsi notamment lorsqu'un enfant agira contre le ravisseur de sa mère mariée et qu'un jugement constatera la paternité du ravisseur. On peut supposer également qu'un tribunal admette une recherche de maternité dite légitime, alors que les faits invoqués démontreront que l'enfant n'est pas du mari de cette femme.

Lorsque le jugement qui constatera la filiation ne sera plus susceptible de voies de recours, la filiation sera légalement établie.

Nous allons examiner maintenant la situation de cet enfant légalement adultérin ou incestueux, les droits qu'il peut invoquer, les obligations auxquelles il est soumis. Quant à ceux dont la filiation ne se trouve pas ainsi établie par la force même des choses, et ils sont l'immense majorité, ignorés de la loi, ils vivront en marge de la famille n'ayant rien à attendre d'elle.

établie ; son pourvoi ne fut pas admis ; Cass., Req., 3 août 1908, *Gazette du Palais*, 1908, II, 387.

DEUXIÈME PARTIE

Leur situation.

La situation des enfants nés de l'adultère et de l'inceste a varié avec les époques et selon la conception que les peuples ont eue du mariage. Le droit hébraïque autorisait l'homme marié à avoir des concubines et ne faisait pas de distinction entre les enfants. La loi de Lycurgue (1) conseille l'adultère pour donner des citoyens à la cité et ne frappe les bâtards d'aucune incapacité. A Athènes, le mariage était permis entre frères et sœurs. On ne tarda pas à abandonner cette voie et à donner à l'union légitime une force plus grande. La loi de Solon (2), stipule que « un bâtard ne peut hériter s'il y a des enfants légitimes, et à défaut d'enfants légitimes, les biens passent aux collatéraux les plus proches. »

Dans la Rome primitive, (3) les bâtards ne sont frappés d'aucune incapacité spéciale et ne souffrent aucun mépris ; la loi ne s'en occupe pas. La loi, en effet, organise la famille sans tenir compte des liens du sang ; la famille gravite autour de la *potestas* qui trouve sa base dans les

(1) Xenophon, *De Republica Lacædemonia*, cap. I, t. VI.

(2) Aristophane, *Aves*, vers 1640-1655.

(3) Gide, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine à Rome*, Revue historique, 1880.

justæ nuptiæ. L'enfant naturel né hors des *justæ nuptiæ* ne fait donc pas partie de la famille ; il n'est pas soumis à la *potestas*, c'est dire qu'il reste étranger à ses auteurs. Cependant le Préteur organisa à côté de la parenté civile, qui seule existait au début, la parenté naturelle dont les effets se manifestent en dehors des *justæ nuptiæ*. Les enfants naturels furent dès lors rattachés à leur mère, et le Préteur leur accorda les mêmes droits qu'aux enfants légitimes ; ils restèrent étrangers à leur père car, en dehors des *justæ nuptiæ*, la paternité est indémontrable, mais en cette qualité, ils pouvaient recevoir de lui toutes sortes de libéralités, le père pouvait les instituer héritiers et les faire pénétrer dans sa famille par l'adrogation.

Sous l'influence de l'Eglise, le mariage fut considéré comme la seule union légitime, et pour détourner les unions illicites, on frappa de déchéance les enfants qui en naissaient. Une constitution d'Honorius et d'Arcadius interdit aux parents toutes libéralités entre vifs ou testamentaires à l'égard des enfants du crime. Justinien organisa contre eux une législation terrible. Les époux incestueux étaient dépouillés de leurs biens au profit de leurs enfants légitimes ou au profit du fisc (1).

Les enfants adultérins ou incestueux n'eurent aucun droit à l'encontre de leurs auteurs, pas même le droit de leur réclamer des aliments : *omnis qui ex complexibus, aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habet quoddam ad præsentem legem participium* (2).

(1) Novelle, XII, ch. I.
(2) Novelle, XCIX, ch. IV, XV.

Le droit canonique se montra plus indulgent; tout en continuant à les priver de droits à la succession *ab intestat* de leurs auteurs, il leur permet de réclamer des aliments (1).

L'ancien droit s'inspira de ces diverses dispositions. Les enfants adultérins ou incestueux restent hors de la famille ; ils ne sont pas soumis à la puissance paternelle (2) ; ils se marient sans le consentement de leurs auteurs, n'ont aucun droit dans leur succession (3), mais ils peuvent recevoir des aliments. On se montre d'ailleurs très large au point de vue de l'obligation alimentaire; une simple présomption suffit pour faire condamner le père au paiement d'une pension ; il peut se libérer en faisant apprendre à son fils un métier conformément à ses moyens, et si c'est une fille il est obligé de la doter (4).

La législation révolutionnaire proclame l'égalité des enfants. La loi du 4 juin 1793 pose en principe que les enfants nés hors mariage ont un droit à la succession *ab intestat* de leurs auteurs.

La loi du 12 brumaire, an II, vint déterminer cette quotité. Les enfants adultérins ou incestueux ont droit au tiers de la part qu'ils auraient eue, s'ils avaient été légitimes. Cependant, les enfants adultérins de deux personnes séparées de corps viennent par égalité de part avec les enfants légitimes.

Cette loi eut des résultats déplorables. « La société fut ébranlée dans ses fondements ! Le mariage n'était plus

(1) *Décrétale de Grégoire IX*, ch. v, t. VI, l. IV.

(2) D'Aguesseau, *Dissertation sur les bâtards*, 1772, t. IV, p. 401 et 5 ; Bacquet, *Traité du droit de bâtardise.*

(3) Pothier, IV, ch. I, n. 342.

(4) Augeard, II, p. 26.

qu'un inutile fardeau et la légitimité qu'un honneur futile ! »

Aussi le Code civil voulut-il réagir, mais à son tour il exagéra comme d'ailleurs avait exagéré le législateur révolutionnaire. Ce dernier avait sacrifié les droits de la famille pour favoriser les enfants illégitimes ; le Code sacrifie les enfants illégitimes pour maintenir la famille.

CHAPITRE PREMIER

LA FAMILLE DE L'ENFANT

Pour qu'un individu soit considéré par la loi comme membre d'une famille, il faut qu'il ait un état déterminé et l'état consiste dans les rapports que la nature et la loi civile établissent indépendamment de la volonté des parties, entre un individu et ceux dont il tient la naissance.

Mais il ne suffit pas que cet état existe en fait, encore faut-il qu'il soit légalement établi. La loi, en effet, ne peut admettre dans la famille qu'elle organise et qu'elle protège que ceux qui se soumettent aux règles établies par elle pour faire constater leur filiation. C'est précisément en nous référant aux modes de preuve de la filiation que nous connaissons l'esprit dont le législateur est animé vis-à-vis des diverses filiations. Favorable aux enfants légitimes, la loi regarde d'un œil plus sévère, mais tout de même indulgent les enfants naturels simples ; elle ne veut jamais entendre parler des enfants adultérins et incestueux ; elle ne veut pas que leur filiation soit établie. Elle les prive donc volontairement d'une famille. « L'enfant adultérin a bien une patrie, mais il est sans famille, en sorte que se trouvant seul et abandonné au milieu de la société, tout lui

atteste qu'il est l'enfant du malheur et du crime » nous dit Loiseau (1).

Nous savons que la distinction entre les enfants s'impose, qu'elle trouve sa base dans les principes les plus certains de l'organisation sociale. Mais cette exclusion de la famille de toute une classe d'individus est-elle une œuvre vraiment bonne? La famille est une nécessité sociale et tout individu doit y être rattaché ; c'est l'intérêt de la nation. Pour protéger la famille, était-il nécessaire d'isoler dans la vie les enfants adultérins ou incestueux? Pour éviter un mal, on est tombé dans un pire ; il fallait tout concilier, protéger la famille et n'en chasser brutalement personne.

Dans certaines hypothèses cependant, la filiation sera légalement établie malgré la volonté de la loi. Le jugement qui constate la filiation de l'enfant lui tient lieu d'acte de naissance et le rattache à ses parents ou tout au moins à l'un d'eux. Et le parent auquel l'enfant sera rattaché constituera toute sa famille. La sévérité de la loi ne s'est pas arrêtée là. L'enfant a, malgré elle une famille, soit, mais les droits et les obligations qui en découleront seront réduits à leur minimum (2).

L'enfant, disons-nous, a une famille, mais c'est une famille tronquée, puisqu'elle n'est formée que de deux personnes et souvent d'une seule, et que l'enfant restera légalement étranger aux autres membres. De là dérive une double proposition : l'enfant adultérin ou incestueux n'aura pas d'aïeux ; il n'aura pas de collatéraux. Les grands parents n'auront aucun droit, aucune obligation à l'encontre

(1) Loiseau, 735.
(2) Laurent, IV, 140.

de l'enfant adultérin de leur fils légitime, celui-ci ne sera pas leur petit-fils quoique la filiation soit légalement établie vis-à-vis de son père, et réciproquement, aucun lien ne rattachera le père à l'enfant légitime de son fils adultérin (1).

Il n'aura pas de collatéraux ; tandis que les enfants naturels simples d'un même père, sont entre eux frères et sœurs, et ont des droits de succession réciproques, l'enfant adultérin ne sera uni par aucun lien aux enfants adultérins issus du même auteur que lui, alors même que la filiation de tous serait légalement établie. Si l'auteur a des enfants naturels simples, l'enfant adultérin ne saurait être considéré comme leur frère et sœur. A plus forte raison ne saurait-il prétendre à donner ce titre aux enfants légitimes de son auteur adultérin. Puisque la loi l'écarte ainsi de ceux qui sont issus du même auteur que lui, il est incontestable qu'il reste étranger aux parents et alliés de ses père et mère à l'égard desquels sa parenté serait plus éloignée. Le Conseil de famille ne se compose que d'amis. Donc, l'enfant sera uniquement rattaché à l'auteur vis-à-vis duquel sa filiation est établie, il ne saurait invoquer sa filiation pour réclamer une parenté plus étendue, on ne saurait l'invoquer contre lui pour le soumettre à certaines obligations.

Cette solution, admise par tous les auteurs et par la jurisprudence, s'impose. La preuve de la filiation résulte d'un jugement, elle ne peut donc produire des effets qu'à l'encontre de l'auteur vis-à-vis duquel le jugement a été rendu. De plus, pour une raison, d'ordre social, la loi n'a pas voulu donner de famille à l'enfant adultérin ou inces-

(1) Cass., 7 juillet 1817, S., 1817, 1, 289.

tueux, et on violerait certainement les intentions du législateur en donnant à l'enfant une famille plus étendue que celle que le jugement lui accorde (1).

Le Code civil a consacré cette opinion en ne soumettant l'enfant adultérin ou incestueux aux articles 161 et s. sur les empêchements au mariage que vis-à-vis de son auteur légalement connu.

Le Code pénal est plus explicite encore. D'après l'article 299 le meurtre d'un père par son enfant adultérin est qualifié de parricide tandis que cette circonstance aggravante n'est pas infligée au meurtre du grand'père par l'enfant adultérin de son fils légitime.

Tout cela nous démontre nettement la limitation de la parenté.

Tel est le principe. Pour être logique il faut en conclure ; que les aïeux de l'enfant ne pourront pas exiger de lui une pension alimentaire, et que lui-même ne pourrait pas la leur demander ; qu'il n'existe aucun droit de succession entre l'enfant et les ascendants de ses parents, entre l'enfant et les parents et alliés de ses père et mère ; que l'enfant pourra contracter mariage avec n'importe qui, sauf avec son auteur légalement connu.

Ces conclusions, conséquences du principe admis, ne sont pas intégralement acceptées par la jurisprudence. Nous savons quelle est son attitude en ce qui concerne les empêchements au mariage. Pour éviter une union scandaleuse, elle admet l'existence d'un lien de parenté

(1) Aubry et Rau, VI, 572 ; Favard, Rep., *Enfants naturels*, 4, n. 1 ; Demolombe, V, 544 ; Cass., 10 juin 1813, S., 1817, 1, 43 ; Liège, 14 décembre 1823, S., 1825, 2, 375 ; Cass., 16 avril 1834, S., 1835, 1, 67 ; Grenoble, 13 juin 1840, S., 1840, 2, 216.

entre l'enfant adultérin et la famille de son auteur ; bien plus elle le recherche s'il n'est pas établi. Elle a agi de même dans notre hypothèse. Tout en déclarant que l'enfant adultérin est étranger aux parents de ses auteurs, elle lui reconnaît cependant une alliance naturelle dans certains cas.

C'est ainsi que l'on applique aux enfants adultérins et incestueux les articles 245 et 975 du Code civil, 268 et 283 du Code de procédure civile, 156, 189 et 322 du Code d'Instruction criminelle sur les incapacités d'être témoins (1). Ils ne peuvent servir de témoins dans les limites où ces articles sont applicables aux enfants légitimes.

La Cour de cassation, par exemple, a jugé qu'un bâtard adultérin ne pouvait déposer en justice contre le mari de sa mère accusé d'assassinat (2). On a craint que le témoignage de ces enfants ne fut pas impartial. La vérité pourrait être altérée pour des raisons d'affection, plus souvent peut-être sous l'influence de la haine. Généralement, méprisé par la famille légitime de ses auteurs, l'enfant adultérin gardera dans son cœur une profonde blessure, il rendra cette famille responsable de sa situation misérable et son témoignage pourrait être une œuvre de vengeance. Ces raisons sont peut-être excellentes mais on peut y répondre. Ces incapacités reposent souvent sur la crainte des influences que peuvent faire naître les relations de famille ; elles reposent sur la suspicion qui pèse sur les témoignages de personnes directement intéressées dans la cause. Rien de cela n'intervient ici ; ces enfants généralement mal vus

(1) Aubry et Rau, VI, 572.
(2) Cass., 6 août 1809, S., 1809, 1, 136.

de la famille ne subissent pas son influence et déposeront avec d'autant plus de sincérité que leurs intérêts pécuniaires ne seront pas en jeu.

D'ailleurs, puisque la loi ne reconnaît pas la parenté entre l'enfant et les parents ou alliés de ses auteurs, il n'appartient pas à l'interprête d'étendre à une parenté ignorée de la loi des dispositions écrites pour une parenté établie. Avec la théorie de la jurisprudence l'enfant fera partie de la famille de ses auteurs lorsque les tribunaux le voudront et il en sera exclu lorsqu'ils le jugeront à propos. Dans certains cas on suppose à l'enfant une famille, ce que la loi ne fait pas. Remarquons enfin le résultat auquel on en arrive. L'enfant sera rattaché à la famille de ses auteurs en ce qui concerne les empêchements au mariage et les incapacités d'être témoins, tandis qu'il lui restera étranger dans les autres cas. Or la parenté, comme l'état civil qui la constate ne peuvent se diviser. L'enfant a un état civil et la parenté qui en résulte ou il n'en a pas, il ne peut les avoir à certains points de vue seulement. D'ailleurs le jugement qui constate la filiation de l'enfant a pour résultat d'établir une certaine parenté, qui doit être immuable et qu'on n'a pas le droit d'élargir ou de restreindre selon les circonstances. En le faisant, on applique un jugement à des personnes qui n'ont point été parties au procès, contrairement à la règle : *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.*

La vérité ici encore, comme toujours dans le courant de cette étude, c'est que le principe est trop rigide et que ses conséquences sont inacceptables. On ne pouvait autoriser le mariage entre l'enfant adultérin ou incestueux et les parents ou alliés de ses auteurs, on ne pouvait permettre à l'enfant de porter un témoignage toujours suspect pour ou contre

les parents ou alliés de ses auteurs. Mais alors que l'on ne proclame pas l'absence de lien entre l'enfant légalement adultérin ou incestueux et la famille de ses auteurs, si on est immédiatement après obligé de ne pas appliquer ce principe.

Lorsque la famille n'est pas plus en jeu le législateur eut été inexcusable de conserver vis-à-vis de l'enfant la même attitude sévère. C'eut été le punir sans raison et sans nécessité pour une faute dont il est innocent. Il est déjà douloureux de lui infliger certaines déchéances pour éviter le scandale qui résulterait de la divulgation de sa filiation et pour protéger la famille légitime. Dès que la famille n'est plus en jeu le motif de la sévérité disparaît, et, continuer à frapper l'enfant eût été une véritable injustice. Bien plus, la loi se serait mise en contradiction avec elle-même. Elle ne veut pas que la filiation de l'enfant soit connue, elle ne devait donc pas le marquer d'une tare indélébile. L'enfant adultérin ou incestueux sera donc un citoyen comme les autres, jouissant de tous les droits civils et politiques. pouvant aspirer aux plus hautes fonctions de l'Etat. Il pourra contracter un mariage et exercer sur sa femme l'autorité maritale, avoir des enfants légitimes et exercer sur eux la puissance paternelle. Il peut leur succéder comme ils peuvent lui succéder à lui-même. Bref, il rentrera dans le droit commun toutes les fois qu'il ne s'agira pas de sa filiation.

Telle sera la famille de l'enfant. Nous avons dit que la loi ne s'est pas contentée de lui donner une famille amoindrie, qu'elle pousse plus loin sa sévérité en réduisant à leur minimum les droits et obligations qui en résultent. C'est ce qu'il nous faut examiner maintenant.

CHAPITRE II

LA PROTECTION DE L'ENFANT

Le Code civil a cru nécessaire de reproduire un précepte de morale avant de réglementer la puissance paternelle : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère. » (371). On a voulu montrer par là que la loi marche d'accord avec la morale, et il n'était pas inutile de le rappeler, surtout à notre époque, où la puissance paternelle est battue en brèche. Tous les enfants sont soumis à ce principe, qu'ils soient légitimes ou naturels, adultérins ou incestueux. Ils n'ont pas à considérer l'origine de leur naissance et à tenir rigueur à leurs parents des conditions dans lesquelles ils sont venus au monde ; s'ils doivent le jour à un crime, ce crime se résout pour eux dans un malheur, et non dans une faute. Cette obligation purement morale est d'ailleurs sans portée juridique, et nous ne pouvons en tirer que les conséquences que la loi elle-même en a déduites. C'est ainsi que le meurtre des père et mère par leur enfant adultérin sera qualifié de parricide. (299, Code pénal). C'est ainsi encore que l'enfant ne pourra obtenir la contrainte par corps dans les cas où elle est autorisée, comme d'ailleurs il ne pourrait

l'obtenir contre ses proches parents, s'il était susceptible d'en avoir (1).

Mais c'est tout. Ce principe ne saurait empêcher l'enfant d'intenter une action déshonorante contre ses auteurs ou de faire vendre leurs biens, s'il était leur créancier. A plus forte raison ne saurait-on voir en lui le fondement d'une théorie juridique telle que la puissance paternelle. Cette institution s'applique aux enfants légitimes et la loi du 2 juillet 1907 l'a organisée pour les enfants naturels légalement reconnus. L'enfant adultérin ou incestueux ne saurait y être soumis ; il est en dehors du droit commun. La loi n'a attaché que de faibles droits et que d'infimes obligations à une filiation qu'elle ne voudrait pas connaître. Cette étude nous fournira une preuve nouvelle de la rigidité des principes du Code et de la nécessité d'une réforme.

La puissance paternelle et la tutelle légale.

Protéger les membres dont elle se compose est un impérieux devoir pour toute société civilisée. La force de cette obligation est d'ailleurs variable ; elle ne disparait jamais, mais dans certaines circonstances, elle s'impose davantage. Plus un individu sera faible et plus il aura droit à la protection de la collectivité : il aura d'autant plus à attendre d'elle, qu'il sera moins apte à se défendre contre les vicissitudes de l'existence. C'est dire assez que l'enfant a droit au premier chef à une protection efficace.

(1) Loi du 22 juillet 1867, art. 15 ; Bastia, 31 août 1826, D., Rep., *Minorité*, 734.

Le devoir de le protéger incombe tout d'abord à ceux qui lui ont donné le jour ; aussi la loi a-t-elle créé tout un ensemble de mesures pour permettre aux parents de remplir efficacement leur tâche et c'est la puissance paternelle. L'enfant se soumettra à ce pouvoir tutélaire qui lui tracera la voie, l'éloignera des précipices, écartera de son chemin les ronces et les épines. Guidé par une main bienfaisante, il connaîtra peut-être les embûches de la vie, mais ne se laissera point tenter par elles. Ce pouvoir est d'ailleurs général ; il pèse sur la personne de l'enfant comme sur ses biens, pour le plus grand profit de l'une et des autres.

Si l'enfant est sous la direction de parents indignes, l'État leur retirera la délégation d'autorité, et assumera la plénitude des devoirs envers l'enfant. Et si l'enfant n'a point de famille, l'État doit être son soutien et son guide. Le législateur ne l'a malheureusement pas toujours compris.

La mission d'élever l'enfant, de former son esprit et son cœur, afin qu'il devienne un ornement et un soutien de la société est une noble et grande mission. La loi romaine n'avait vu dans la puissance paternelle qu'une institution d'ordre politique, exercée dans l'intérêt du *paterfamilias*. Notre législateur n'a vu en elle qu'une institution protectrice de la faiblesse. Tous les enfants en sont dignes, quel que soit le vice qui infecte leur naissance, parce que tous sont faibles. L'enfant naturel, souvent abandonné par tous, doit être entouré par la loi d'une sollicitude plus grande ; l'enfant adultérin ou incestueux, généralement haï de ses proches, devrait être placé directement sous la protection de l'Etat, seule famille qui lui reste.

Certains rédacteurs du Code civil manifestèrent ouvertement cette opinion. Tronchet disait : « La naissance seule établit des devoirs entre le père et les enfants naturels ; les enfants doivent être sous une direction quelconque ; il est juste de les placer sous celle des personnes que la nature oblige à leur donner des soins. » Et Portalis : On ne doute pas que les pères naturels ne soient obligés d'élever leurs enfants, de les entretenir, de les nourrir ; la loi positive elle-même a placé ce devoir parmi les obligations premières, que la nature, indépendamment de toute loi positive, impose à tous les pères (1). »

Aussi le projet du Code civil contenait-il un article ainsi conçu : « les articles du présent titre sont communs aux père et mère des enfants naturels reconnus » (2).

Malgré les excellentes raisons qui militaient en faveur de son adoption, quoiqu'il fut en pleine conformité avec la théorie admise sur le fondement de la puissance paternelle, cet article ne fut pas voté. On se souvint de la législation révolutionnaire et de ses résultats déplorables ; on craignit pour la famille légitime les réclamations des enfants nés hors mariage, et on n'osa pas établir un principe aussi juste, parce qu'on ne sut pas écarter les inconvénients qu'il pouvait susciter. On se borna à voter l'article 383, texte ambigü, qui n'explique rien, laissant dans le doute une foule de questions. Aussi les controverses furent-elles nombreuses ; le champ était large pour l'interprète, car tout était à créer dans cette matière.

La loi du 2 juillet 1907 est venue combler en partie cette lacune en organisant la puissance paternelle et la

(1) *Motifs*, II, 229.
(2) Loiseau, 546.

tutelle des enfants naturels reconnus. Mais cette loi ne s'est nullement occupée des enfants adultérins et incestueux ; bien mieux, aucune allusion à leur sort n'a été faite au cours de la discussion. Pourquoi ce silence ? on pourrait croire que le législateur n'a pas pensé à eux, mais cette réponse ne serait pas satisfaisante ; la question des enfants adultérins préoccupait les esprits à ce moment-là, puisque le 7 novembre 1907, on votait une loi sur la légitimation des enfants adultérins. Si le législateur n'a pas parlé d'eux à propos de la loi sur la puissance paternelle, c'est qu'il n'a pas voulu solutionner pour eux cette grave question ; son silence est intentionnel. Il eut été pourtant désirable de s'expliquer, de les soumettre à la puissance paternelle ou de leur enlever expressément le bénéfice de cette institution en organisant à leur profit une tutelle sérieuse.

Pour eux la question reste entière ; dans l'état actuel des textes, nous devons décider qu'ils ne sont soumis ni à la puissance paternelle ni à la tutelle légale. Leur sort reste le plus souvent imprécis et indéterminé, et si parfois on est obligé de les soumettre à une autorité quelconque, cette autorité ne sera pas pour eux une sauvegarde, mais une formalité administrative, dont les conséquences seront indifférentes pour l'enfant, si toutefois elles ne lui sont pas nuisibles.

§ 1. — *Le Principe.*

Ils ne sont soumis ni à la puissance paternelle, ni à la tutelle légale.

Aucun texte n'organise cette mesure de protection au

profit des enfants adultérins ou incestueux. L'art. 383 ne concerne que les enfants naturels reconnus. Quelques auteurs, effrayés par les conséquences de cette affirmation, ont reculé devant elle. Ils ont dit qu'il faut interpréter largement ce texte et assimiler aux enfants naturels reconnus les enfants adultérins ou incestueux, dont la filiation est établie par un jugement. Si telle avait été l'intention du législateur, il aurait parlé des enfants dont la filiation est *légalement connue*, tandis qu'il ne fait allusion qu'à ceux qui ont été l'objet d'une reconnaissance volontaire. Or les enfants adultérins et incestueux ne peuvent être reconnus, (335). Ils ne sauraient donc entrer dans les termes de l'art. 383. Cette interprétation est certaine, car elle a été confirmée par le législateur lui-même. La loi du 2 juillet 1907, prenant à son compte les expressions de l'art. 383, ne parle également que des enfants naturels reconnus. Au cours de la discussion on n'a pas parlé des enfants adultérins ou incestueux. Ce silence voulu est significatif et démontre d'une façon évidente que le législateur n'a pas voulu s'occuper d'eux, ni les assimiler aux enfants naturels reconnus. Si sa volonté avait été autre, la loi le dirait, ou tout au moins on retrouverait dans la discussion les traces de cette assimilation. Le législateur n'était pas sans savoir que la presque unanimité des auteurs (1) refuse aux parents la puissance paternelle ; s'il n'eut pas voulu confirmer tacitement cette opinion, il n'eut pas manqué de le dire.

Nous ne nous arrêterons pas davantage à démontrer que l'article 371 ne peut être invoqué pour accorder aux

(1) Bedel, 177 ; Dalloz, Rep., *Paternité et filiation*, 740 ; Aubry et Rau, V, 227 ; Demolombe, V, 597 ; *Contra*, Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, IV, 243 ; Beudant, II, 361.

parents criminels la puissance paternelle. Ce texte purement théorique et dicté par des considérations morales de la plus haute portée ne saurait servir de fondement à une règle de droit (1).

Il est donc établi qu'aucun texte ne permet de soumettre l'enfant adultérin ou incestueux à la puissance paternelle. Pourrait-on se baser sur le fondement même de cette puissance et sur l'intérêt de l'enfant pour l'y soumettre? Nous ne le croyons pas. La puissance paternelle trouve sa source dans la nature et non dans le mariage. Elle est destinée à protéger « l'être faible auquel nous avons donné la vie, et, comme on ne peut vouloir la fin sans vouloir les moyens, la même obligation emporte essentiellement le droit de diriger cet enfant, de le conseiller et même de le corriger convenablement (2). » Et ainsi tous les enfants, quelle que soit leur origine, doivent bénéficier de cette mesure de protection et un vice de naissance ne peut en priver aucun d'eux.

Nous savons que telle avait été l'intention de certains rédacteurs du Code civil ; or, on ne donna pas suite à leur projet. N'est-ce pas là une preuve évidente que le législateur n'a pas voulu faire bénéficier également tous les enfants indistinctement de cette mesure de protection? C'est ce que nous dit Lahary. « Y aurait-il rien de plus immoral que d'assurer la protection de la loi à cet enfant monstrueux? (3) ». D'ailleurs l'intérêt de l'enfant adultérin exige-t-il que sa protection soit confiée à ses parents? N'est-il pas vrai que bien souvent l'enfant aura intérêt à

(1) Planiol, I, 1644.

(2) Loiseau, 742.

(3) *Archives parlementaires*, V, 396, séance du 28 ventôse, an XI.

ne pas être sous l'autorité de ses père et mère ? Remarquons tout de suite que la loi du 24 juillet 1889 serait impuissante à éviter les abus. Cette loi permet bien de supprimer toute autorité aux parents qui s'en montrent indignes. Son application sera souvent délicate, surtout dans notre hypothèse où tant de présomptions existent contre les parents ; bien mieux son insuffisance éclate aux yeux. L'enfant pourra ne subir aucun mauvais traitement dans la maison paternelle et la loi de 1889 ne jouera pas ; mais il vivra dans une condition inférieure. Il sera sujet à de continuelles vexations et souffrira de tortures morales, qui sont ici à craindre d'une façon toute spéciale. En effet il sera souvent méprisé des enfants légitimes, qui ne seront ni ses frères, ni ses sœurs, détesté par l'autre époux qui lui reprochera le trouble qu'il est venu jeter dans la famille ; haï par son propre auteur peut-être, qui ne lui pardonnera pas d'être né. Quand on sait combien les seconds mariages sont défavorables aux enfants du premier lit, quand on constate combien l'harmonie est difficile entre eux et la nouvelle famille qu'on leur donne, on redoute à juste titre la présence au foyer paternel d'un enfant dont la naissance est une tare.

On croit répondre en disant que le désaveu sera le prélude d'une action en séparation ou en divorce et que l'enfant adultérin n'aura pas à vivre à côté des enfants légitimes. Le remède serait pire que le mal. Tout d'abord il peut se faire que l'époux innocent ait l'intention de pardonner à son conjoint l'adultère dont il s'est rendu coupable, tandis qu'il ne saurait avoir aucune pitié, si l'enfant du crime venait s'asseoir à son foyer et lui rappeler, par sa présence, son malheur. Mais allons plus loin et supposons que l'action en divorce soit tout de même

intentée. La question subsiste tout entière, mais elle est renversée. Quelle va être la situation des enfants légitimes ? Le tribunal doit, avant tout, chercher leur intérêt et les attribuer à l'époux susceptible de leur rendre le plus de services, fût-il l'époux coupable. S'ils sont attribués à l'époux coupable, la situation de l'enfant adultérin ne changera pas. Il continuera à vivre à côté des enfants légitimes, à subir leurs vexations, accrues encore parce que les enfants légitimes le rendront responsable du divorce de leurs parents. Et il serait vraiment regrettable que le tribunal, pour éviter ce voisinage, confie les enfants légitimes à l'époux innocent, si leur intérêt exige qu'ils soient confiés à l'époux coupable.

Par conséquent, malgré les apparences, on ne prend l'intérêt ni des enfants légitimes ni de l'enfant adultérin, en confiant ce dernier à l'auteur vis-à-vis duquel la filiation est établie. Une telle situation serait une cause de désordres et de scandales perpétuels. Et alors l'auteur légalement connu sera déchargé de la puissance paternelle. Laurent (1) s'indigne : « Pourquoi donc sacrifier les enfants pour flétrir le crime ou l'infamie de ceux qui leur ont donné le jour ? Que la société les punisse. Que la peine retombe sur les coupables et non sur les innocents ». Il oublie que la crainte du scandale est l'idée directrice du législateur dans toute cette matière. On prend toutes sortes de précautions pour éviter l'établissement de la filiation. A quoi serviraient-elles, si au cas où la filiation résulte indirectement d'un jugement, le scandale devenait définitif et patent, par la concession aux parents des attributs de la puissance paternelle ? La loi peut-elle per-

(1) Laurent, IV, 208.

mettre la présence de l'enfant incestueux au foyer de ses père et mère ?

L'enfant échappera donc à la puissance de l'auteur légalement connu. Ce principe comporte certaines conséquences que nous allons maintenant examiner.

§ 2. — *Conséquences du Principe.*

L'auteur légalement connu ne saurait exercer les attributs de la puissance paternelle. Il n'en supportera pas les charges, il ne jouira pas des droits qui y sont attachés.

1° Nous refusons aux parents le droit d'éduquer l'enfant, c'est-à-dire de diriger ses premiers pas dans la vie, de former son caractère et ses idées. Nous leur refusons le droit de garde, c'est-à-dire le droit de retenir l'enfant à leur propre domicile ou de fixer sa résidence. Nous leur refusons aussi le droit de correction qui n'est que le corrolaire nécessaire des deux autres. « Quel est en effet, dit Demolombe (1), le principe de la puissance paternelle et de la tutelle et de toute cette magistrature domestique ? C'est la confiance de la loi dans la personne de ceux qu'elle en investit, sa confiance dans leur caractère, dans leur moralité. Or il est très logique, et en même temps très exemplaire, que la loi n'accorde pas une telle confiance aux auteurs de l'adultère et de l'inceste ».

2° Nous leur refusons le droit d'administration légale et d'usufruit qui appartient aux parents légitimes (389 et 384 C. c.) Ils n'auront pas non plus le droit de retour légal de l'ascendant donateur (747). Ces articles ne sau-

(1) Demolombe, V, 614.

raient être appliqués ici. Ces textes ne permettraient pas une pareille extension, car ils supposent qu'un mariage a été contracté entre les père et mère. L'esprit de la loi s'y opposerait aussi. Les parents n'auront aucun droit dans la succession *ab intestat* de l'enfant, il est donc impossible qu'ils administrent et qu'ils jouissent du vivant de l'enfant des biens qu'ils ne pourront recueillir dans sa succession.

3° Sous le bénéfice de cette observation et quoique ce ne soit une conséquence directe de leur exclusion de la puissance paternelle, nous refuserons également aux parents le droit de réclamer des aliments à leurs enfants adultérins ou incestueux. La solution contraire paraît cependant triompher dans la doctrine (1). La plupart des auteurs déclarent que c'est là un devoir sacré auquel nul enfant ne saurait se soustraire ; ils invoquent aussi le caractère réciproque de la dette alimentaire. L'article 762 oblige les parents coupables à fournir des aliments à leur enfant, lorsqu'il se trouve dans le besoin ; on en conclut que l'enfant sera soumis à la même obligation. Nous n'admettrons pas cette solution. La réciprocité n'est pas de l'essence de l'obligation alimentaire et il faudrait un texte pour l'établir. Or, l'article 207 qui parle de la réciprocité est exclusivement applicable à la famille légitime et aucun texte n'établit le même principe en faveur des parents adultérins. C'est dire assez que la loi leur refuse ce droit. D'ailleurs cette réciprocité trouve son fondement dans l'existence de la famille dont l'enfant ne fait pas partie : « il serait injuste que cet enfant exclu de la fa-

(1) Demolombe, IV, 191 ; Bedel, 169; Huc, III, 224 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 566.

mille et écarté de toute succession soit contraint de fournir sa quote-part d'aliments, concurremment avec l'enfant légitime appelé seul à recueillir les avantages de sa naissance (1) ». Les parents n'auront pas à se plaindre, une fois en passant ils supporteront les conséquences de leur faute, alors qu'elles pèsent toujours sur l'enfant. Il serait en plus illogique et immoral que leur faute devienne en cette circonstance une source de droit.

Que si on invoque l'art. 371 pour fonder la réciprocité de la dette, nous ne ferons aucune difficulté pour admettre à la charge de l'enfant une obligation naturelle de fournir à ses parents des aliments. Il pourra donc la reconnaître et la rendre ainsi civilement obligatoire, et s'il paye par erreur, il ne pourra répéter son paiement (2).

Il résulte donc de la loi que l'auteur légalement connu n'aura aucun droit sur la personne de l'enfant, aucun droit sur ses biens. L'enfant ne sera soumis envers lui qu'à l'obligation morale de l'article 371 ; on peut le soumettre aussi à une obligation naturelle d'aliments. Cette conclusion résulte de l'examen des textes. Elle est aussi en pleine conformité avec l'esprit du législateur. Il ne veut pas que la filiation soit connue, et si, malgré sa volonté, cette filiation est légalement établie, il ne lui fera produire que le moins d'effets possible.

Quelle va être alors la situation de l'enfant dont la filiation est connue ? A qui appartiendra cette puissance paternelle que nous refusons aux parents ? La loi s'en

(1) Lisieux, 14 novembre 1901, D., 1902, 2, 221.

(2) Aubry et Rau, VI, 227 ; Chabot, *Successions*, art. 765 ; Malpel, 173 ; Cadrès, chap. XII, n° 211.

préoccupe bien peu. Elle enlève aux enfants adultérins et incestueux la protection qui résulte de la puissance paternelle et elle n'organise rien pour y suppléer. Quant à l'enfant « il deviendra ce qu'il pourra ! » (1). Si au cours de la minorité, il a besoin d'une autorisation, soit pour contracter un mariage, soit pour entrer dans l'armée, on nommera à la hâte un tuteur *ad hoc*, qui, indifférent, donnera l'indispensable signature (2).

Si enfin l'enfant a des biens personnels, il faudra administrer ce patrimoine ; les parents n'ont pas qualité pour cela. On réunira un conseil d'amis, de voisins, c'est-à-dire d'indifférents, qui désignera un tuteur. Celui-ci gèrera les biens comme il l'entendra, et la surveillance sera inefficace parce qu'elle émanera de gens qui ne prendront aucun intérêt à leur pupille et qui seront beaucoup plus amis du tuteur que de l'enfant.

En fait les choses se passeront autrement ; les père et mère dignes ou indignes exerceront la puissance paternelle ; l'enfant vivra dans une famille qui n'est pas la sienne et qui le lui fera bien voir. Son caractère s'aigrira à mesure qu'il grandira, il connaitra mieux sa situation inférieure et en concevra peut-être de la haine. Puis un jour, il s'échappera du toit paternel sans esprit de retour ; il s'en ira trainer ailleurs sa misérable existence, méprisé de tous. Il détestera une société qu'il rendra responsable de son malheur. Quelquefois il sera élevé par des personnes charitables ou confié à l'assistance publique, comme s'il n'avait aucun auteur connu ; à moins qu'il ne soit placé dans quelque établissement d'instruction ;

(1) Beudant, II, 440.

(2) Demolombe, V, 639 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 121.

comme il ne sera encouragé par personne, il y végétera pendant des années, jusqu'au jour où il ira grossir le nombre des déclassés et des aigris.

Une fois de plus, nous constatons l'insuffisance et l'incohérence de la loi dans notre matière. Elle ferme les yeux pour ne pas voir l'enfant adultérin ; elle voudrait ensevelir dans l'oubli jusqu'au souvenir de sa naissance. Pour cela, elle ne s'occupe pas de lui, si ce n'est pour lui enlever toute protection. Comme rien n'est organisé en sa faveur, une foule de questions du plus haut intérêt pour l'Etat restent livrées au hasard des circonstances de la vie. On peut se demander quels sont les avantages de cette méthode législative. Ce n'est pas en se détournant avec dégoût et en feignant de ne point le voir qu'un médecin guérira un malade. Il l'observera avec soin et prescrira un remède énergique. Pourquoi la loi n'organiserait-elle pas une tutelle vraiment digne de ce nom pour les enfants adultérins ou incestueux ? Il ne manque pas de personnes charitables auxquelles on pourrait confier l'éducation de l'enfant et le soin d'administrer ses biens. Il trouverait chez elles une famille fictive qui pourrait remplacer avantageusement la sienne, et où il n'aurait pas l'impression qu'il est de trop. On pourrait d'ailleurs le confier à ses parents, s'ils présentaient des garanties suffisantes d'honnêteté. Le tribunal qui nommerait le tuteur, surveillerait étroitement la façon dont l'enfant est élevé, le milieu dans lequel il vit, et ses pouvoirs d'investigation, pour être efficaces, devraient être très larges. Il faudrait en somme donner à l'Etat le pouvoir de nommer le tuteur et de surveiller ses actes. Il remplacerait ainsi avantageusement le conseil d'indifférents, appelé conseil de famille, qui ne conseille et ne surveille rien. Remarquons

d'ailleurs que notre solution est en pleine conformité avec les principes. Le tribunal de première instance est chargé d'une façon générale des intérêts privés et on ne voit pas pourquoi il se désintéresserait d'un enfant qui n'a aucune protection. « En l'absence d'un conseil de famille véritable, l'autorité judiciaire paraît tout naturellement désignée pour assurer la protection des enfants naturels mineurs. Le juge de paix à raison de ses fonctions habituelles pourrait sembler le mieux apte à remplir ces fonctions. Mais, d'une part, il est juge unique et ne saurait à ce titre remplacer une collectivité du genre du conseil de famille ; d'autre part, la loi ne place à côté de lui aucun représentant du ministère public, défenseur légal et naturel des mineurs et des incapables, éminemment préparé à éclairer et à renseigner la juridiction qu'il assiste sur tous les intérêts qu'il a à charge de défendre. Ces raisons doivent faire attribuer au tribunal de première instance statuant en chambre de conseil, la mission de protéger les enfants naturels et d'organiser leur tutelle (1). » Il est donc urgent d'étendre aux enfants adultérins et incestueux dont la filiation est connue, les dispositions de la loi du 2 juillet 1907.

(1) *J. Off.*, Doc. Parl., Sénat, 1901, Annexe, 429.

CHAPITRE III

LES DROITS DE L'ENFANT

La filiation, connue malgré la volonté du législateur, ne donnera à l'enfant qu'une famille restreinte et les effets de cette filiation seront considérablement limités. L'enfant n'est soumis qu'à de faibles obligations vis-à-vis de ses auteurs, mais par contre ses droits seront minimes. La coutume lui permet de prendre le nom de son auteur connu, tandis que la loi ne lui accorde que des aliments. Nous allons examiner ces deux principes.

I. *La coutume.* — Le nom est une nécessité, car, sans lui, la société ne pourrait distinguer les individus les uns des autres. Aussi, sa transmission est-elle régie par un usage qui a par lui-même une force considérable. On pourrait s'étonner que la loi n'ait pas fixé une question aussi grave, si on ne considérait qu'il était inutile de consacrer par un texte une règle que personne ne discute. L'enfant issu d'une union régulière prendra sans contestation le nom de son père ; l'enfant naturel simple prendra de nom de l'auteur qui l'a reconnu le premier, mais il changera de nom et prendra celui de son père, s'il est reconnu postérieurement par lui. Il portera le nom de sa mère, si, n'étant reconnu par personne, il établit en justice sa maternité naturelle.

Quel nom l'enfant adultérin ou incestueux sera-t-il autorisé à porter? La question est fort importante, car le nom, véritable objet de propriété, appartient à une famille qui peut avoir intérêt à ne pas le laisser usurper ; l'enfant, d'un autre côté, peut avoir des avantages considérables à porter un nom plutôt qu'un autre. S'il a été l'objet d'une reconnaissance valable comme reconnaissance d'enfant naturel simple, rien ne s'oppose à ce qu'il porte le nom de l'auteur qui l'a reconnu, car le vice reste caché. Mais une reconnaissance nulle aux termes de l'article 335 n'autoriserait pas l'enfant à porter le nom de la personne de qui elle émane (1). Cette reconnaissance est nulle et nous savons qu'elle n'est susceptible de produire aucun effet. La question ne se pose donc que lorsque la filiation est légalement établie.

Si l'auteur légalement connu est le père, l'enfant portera son nom.

Mais la filiation adultérine étant ordinairement constatée par le désaveu, la maternité seule sera établie. L'enfant sera considéré comme né de père inconnu et reconnu par sa mère dont il portera le nom, « considérant que quant à celle-ci (la mère) la filiation adultérine est légalement établie par le jugement même de désaveu... et que l'appelant a le droit de prendre le nom de la personne à l'égard de laquelle sa filiation est démontrée... en conséquence le concluant a le droit de s'appeler G (nom de la mère) (2) ». L'enfant ne portera donc plus le nom du mari de sa mère

(1) Merlin, *Rep. Nom.*, p. 1, n° 2 ; Richefort, III, 502 ; Demolombe, V, 596 ; Angers, 8 décembre 1824 ; D. P., 446, 5° ; Paris, 22 mars 1826, S., 1829, 2, 75 ; Douai, 26 décembre 1835, S. 1837, 2, 188 ; 4 juin 1861, S., 1862, 2, 14.

(2) Paris, 9 mai 1894, D., 95, 2, 272.

et il y aura lieu de procéder à une rectification des actes de l'état civil s'il a été inscrit sous ce nom « attendu que par l'effet du désaveu la naissance de X se trouve entachée d'adultérinité, qu'en maintenant le nom de D, ce serait le rattacher par la transmission du nom à une personne et à une famille, auxquelles la loi lui interdit de se rattacher par aucune relation légale de paternité et de filiation et conséquemment faire échec à une prohibition du Code (1) ». L'enfant prendra donc le nom de la personne vis-à-vis de laquelle sa filiation est établie.

Il peut arriver que les deux auteurs soient légalement connus. L'opinion la plus généralement admise est que l'enfant portera le nom de son père (2). Quelques auteurs cependant ne partagent pas cet avis et donnent d'autres solutions.

Bedel (3) soutient, sans donner de raisons, que l'enfant portera le nom de sa mère. Il se borne à dire : « un ancien arrêt (4) autorisait les enfants à porter le nom d'un homme marié contre qui il y avait preuve de paternité » ; on ne jugerait plus ainsi aujourd'hui.

Fournel (5) nous dit « les parents naturels d'un bâtard, même adultérin, ne pouvaient pas s'opposer à ce qu'il portât le nom de son père ou celui de sa mère, suivant qu'il lui plaisait de choisir entre les deux ; il pouvait même les joindre tous deux ensemble pour n'en composer qu'un seul et même nom ». Nous ne saurions permettre à l'en-

(1) Seine, 24 décembre 1891, D., 1892, 2, 72.

(2) Loiseau, 730 ; Aubry et Rau, VI, 224 ; Demolombe, V, 613 ; Baudry et Cheneaux, III, 710.

(3) Bedel, *Nouveau traité de l'adultère*, p. 180.

(4) Arrêt du Parlement de Paris, 18 juin 1707 ; Augeard, II, 26.

(5) Fournel, *Traité de la séduction*, XIII, p. 1, p. 247.

fant de choisir entre les deux, car l'état civil d'un individu ne peut dépendre de sa volonté. On pourrait plus raisonnablement soutenir que l'enfant portera les deux noms. C'est aussi l'avis de Laurent (1). Les textes sont muets, dit-on, et il n'y aura aucune raison pour préférer le nom du père à celui de la mère.

En effet, il n'y a pas de mariage, et aucun lien n'unit le père et la mère ; il n'y a pas ici un mari pécuniairement et moralement chef d'une communauté ; il n'y a donc aucune prééminence à son égard.

L'usage, cependant, est souverain maître en cette matière, puisque les textes sont muets ; or, l'usage n'est pas que l'enfant prenne à la fois le nom de son père et celui de sa mère ; il prend le nom de son père seulement, lorsqu'il est connu. Telle est la coutume et rien ne nous dit qu'elle trouve sa base dans une prétendue prééminence de l'homme sur la femme. L'enfant ne porte ordinairement qu'un nom et, comme il faut lui donner soit celui de son père, soit celui de sa mère, nous préférons lui donner le nom du père, puisque c'est l'usage.

Par conséquent, l'enfant portera en principe le nom de son père, sauf à lui imposer celui de la mère lorsque la maternité est seule légalement constatée.

II. *La loi.* — L'enfant portera donc le nom d'une famille, mais sa situation n'en sera nullement améliorée ; il restera étranger aux parents de ses auteurs.

De tous les droits que la loi confère aux enfants, il n'en aura qu'un seul, celui de réclamer des aliments à ses auteurs lorsqu'il en aura besoin. L'art. 762 nous le dit formellement : « la loi ne leur accorde que des aliments ».

(1) Laurent, IV, 187.

Peut-on dire que c'est là un droit conféré par la loi ? Les animaux eux-mêmes ne laissent pas mourir de faim leurs petits, et la loi, sans commettre une injustice monstrueuse, ne pouvait pas permettre aux parents de méconnaître les lois de la nature après avoir violé celles de la morale. Son excessive rigueur devait ici s'incliner ; il ne faut pas lui en savoir gré, car elle ne pouvait faire moins.

« La loi, nous dit Chabol, ne s'occupe qu'avec regrets des enfants adultérins ou incestueux. Ils existent, il faut bien qu'elle leur assure des aliments, mais elle ne leur confère aucun droit. Le crime qui leur a donné naissance ne permet pas de les traiter comme les enfants nés de personnes libres (1). »

L'esprit du législateur ne s'est pas modifié depuis le Code civil ; rien n'a été fait pour améliorer cette situation pénible. Bien mieux, des revendications se sont élevées, nombreuses et éloquentes, et pour les faire taire, la loi a confirmé le Code ; elle a même aggravé ses dispositions en les précisant.

Devant une pareille intransigeance, on pourrait croire que notre législateur est profondément imbu des principes du Code : on pourrait croire qu'il n'améliore pas la situation misérable de ces enfants dans la crainte de porter atteinte à la famille légitime. Cette crainte serait à notre avis exagérée, mais elle serait respectable, car la famille doit être protégée. Et cependant quand on examine l'ensemble de notre législation, on peut se demander jusqu'à quel point la loi protège la famille. A chaque instant l'État prend parti pour l'individu contre la famille et l'énumé-

(1) Rapport au tribunat. Séance du 26 germinal, an XI ; Locré, X, p. 268.

tion de ces atteintes serait longue ; à chaque instant il la sacrifie à ses propres intérêts ; je n'en veux pour preuve que notre régime fiscal qui écrase les familles nombreuses et qui canalise peu à peu au profit de l'État toutes les fortunes privées. On peut donc douter de la sincérité du législateur quand il oppose l'enfant adultérin à la famille légitime.

Un projet de loi (1) déposé le 28 juillet 1890 supprimait toute distinction entre les enfants. Il fut justement repoussé, car il anéantissait le mariage. Le projet Pontois (2), déposé le 12 mai 1891, accorde aux enfants adultérins ou incestueux le tiers de la portion qu'ils auraient eue s'ils avaient été légitimes, lorsqu'ils se trouvent en présence d'ascendants ou d'enfants légitimes ; cette portion s'élevait à la moitié lorsque d'autres parents viennent à la succession. Ce projet ne fut pas pris en considération et la loi du 25 mars 1896, qui relève la situation des enfants naturels simples, ne parle des enfants adultérins ou incestueux que pour les maintenir dans leur état lamentable.

Cela a été dit formellement au cours de la discussion. « La commission qui a accru dans une notable proportion les droits héréditaires des enfants naturels ordinaires ne change pas la situation malheureuse, misérable, des enfants adultérins. Elle les laisse — et pour de bons motifs devant lesquels je m'incline — dans la condition qui leur a été faite par le Code civil ; elle les condamne en toutes hypothèses à ne recevoir que des aliments (3). »

Ils sont donc incapables de succéder à leur père et

(1) Projet Chiché, *J. Off.*, Doc. Chambre, 1890, p. 1425.

(2) Projet Pontois, *J. Off.*, Doc. Chambre, 1891, p. 1241.

(3) Rapport de M. Grivert, *J. Off.*, Sénat, 1895, *Doc. Parl.*, p. 656.

mère, car ils ne sont pas héritiers *ab intestat*. Les parents les plus éloignés succèderont et, si aucun d'eux ne vient en rang utile, l'État s'emparera de cette succession en déshérence. S'ils sont dans le besoin, on ne leur refusera pas des aliments. La loi de 1896 est allée même plus loin : elle a précisé la situation des enfants adultérins et incestueux, pour supprimer un doute que pouvait laisser planer en leur faveur la législation antérieure. On aurait pu, en effet, sous l'empire du Code civil, supposer dans le silence des textes, que par une disposition testamentaire les parents pouvaient laisser à l'enfant quelque chose de plus. L'art. 908 est venu préciser que l'enfant ne pourra, ni par donation, ni par legs, recevoir au delà des aliments.

Par conséquent, l'enfant adultérin ou incestueux, dont la filiation est établie, n'a qu'un droit vis-à-vis de ses auteurs : recevoir d'eux ou leur réclamer des aliments lorsqu'il se trouvera dans le besoin. Il ne peut rien recevoir de plus.

SECTION PREMIÈRE

Droit aux aliments.

La société ne doit pas seulement protéger ses membres, elle doit encore les aider et prendre à sa charge ceux qui ne peuvent plus subvenir à leurs besoins. Ce sera tantôt une œuvre de réparation, tantôt un acte de solidarité.

On a souvent comparé l'Etat à une machine d'un organisme complexe qui ne peut fonctionner sans écraser quel-

qu'un. Les vaincus de la vie sont en effet les victimes de notre organisation sociale basée sur la lutte incessante des intérêts. Cette âpreté de la concurrence assure la force de notre société; en demandant à chacun le maximum d'efforts, elle développe l'activité et augmente la prospérité générale. Elle est aussi morale dans son résultat, car en condamnant les paresseux et les inutiles, elle assure le triomphe de la volonté et de l'énergie. Mais les ignorants et les faibles, ceux que ne favorisent pas les circonstances de la vie courent à un échec certain. C'est pour la société un devoir que de leur tendre une main secourable. Elle doit assurer l'existence aux malheureux et elle accomplira une œuvre de haute portée morale et sociale en fermant les yeux sur les causes de leurs défaites.

Toutes les époques ont plus ou moins nettement compris cette idée, mais de nos jours, elle a pris une extension vraiment grandiose. Les œuvres d'assistance, tant publiques que privées, se sont développées et elles grandiront à mesure que les idées de solidarité sortiront du domaine de la politique pour entrer dans celui de la pratique.

Les infortunes sont infinies et les secourir toutes serait pour l'Etat une tâche immense, au-dessus de ses forces, aussi ne doit-il intervenir que subsidiairement.

D'ailleurs le lien qui unit l'individu à la société est moins fort que celui qui le rattache à sa propre famille; on comprend dès lors que les parents soient les premiers tenus à secourir leurs proches. Lorsque ce lien rattachera un enfant à son père, il atteindra son maximum d'intensité. Les parents seront obligés de subvenir aux besoins de leur enfant, car celui-ci leur appartient avant d'appartenir à la famille, avant d'appartenir à l'Etat. De plus, en transmettant la vie, ils assument la charge de la conserver,

car la vie est une chose sacrée. Ils manqueraient à tous leurs devoirs en laissant périr l'être qu'ils ont pris la responsabilité de procréer. Or, refuser des aliments à celui qui se trouve dans le besoin serait, selon la forte expression du jurisconsulte, le condamner à mourir : *Necare videtur et is qui alimonia denegat.*

L'obligation alimentaire des parents envers leur enfant nous apparaît donc comme une conséquence de la génération. Tous les parents en sont tenus quelles que soient les conditions dans lesquelles ils ont engendré. Les père et mère adultérins ou incestueux ne sauraient échapper à la règle générale. Ils doivent de leur vivant secourir leur enfant et leur succession sera tenue de la même charge.

§ 1. — *L'obligation pèse sur eux de leur vivant.*

Principe. — Il serait singulier, en effet, que les parents puissent trouver dans leur propre faute le moyen de se soustraire à une obligation naturelle. Ils ont commis un crime en donnant naissance à cet enfant, ce serait leur en permettre un second que de ne point les forcer à secourir leur victime. Bien mieux, l'obligation pèse sur eux avec une force plus grande, car ils ont à réparer leur conduite.

Quoique nous leur refusions en principe le droit d'éduquer l'enfant, nous ne faisons aucune difficulté pour les soumettre dans tous les cas à l'obligation alimentaire. Il n'y a là aucune contradiction, car élever l'enfant et pourvoir à ses besoins sont deux choses bien différentes. Le devoir d'éducation consiste à former l'esprit et le cœur de

l'enfant, à développer ses facultés intellectuelles et morales, tandis que l'obligation alimentaire consiste à payer son entretien. L'une s'adresse à l'âme, l'autre au corps.

Le tribunal n'investira les parents de la mission d'élever l'enfant qu'en connaissance de cause, il devra se rendre compte de l'accueil que l'enfant recevra dans la famille ; il examinera si, malgré leur faute, les parents ont une moralité suffisante pour l'élever dignement. En un mot, il s'entourera de garanties sérieuses pour permettre l'application de l'article 211. Mais quels que soient les sentiments des parents vis-à-vis de l'enfant, quelle que soit leur moralité, ils pourront toujours subvenir pécuniairement à ses besoins. Il serait d'ailleurs bien étrange que les personnes charitables qui élèveront l'enfant soient encore tenues de le nourrir si les parents peuvent le faire.

Il est donc de toute justice que les parents adultérins ou incestueux soient tenus de leur vivant de l'obligation alimentaire. Mais cela ne suffit pas; pour être adoptée, cette solution doit être consacrée par la loi. Or, ceci a été contesté.

Laurent (1) déplore la brièveté de la loi et ses lacunes. Il déclare qu'une stricte interprétation des textes n'oblige pas les parents à nourrir de leur vivant l'enfant adultérin ou incestueux. L'article 205, qui établit l'obligation alimentaire, ne vise que la famille légitime. Sa place dans le chapitre relatif aux « obligations qui naissent du mariage » le démontre amplement ; tandis que l'article 762 qui fait naître cette obligation au profit des enfants adultérins ou incestueux se trouve au titre des successions. Les parents ne sont donc pas légalement tenus, seule leur succession le sera.

(1) Laurent, III, 85.

Cette opinion est restée isolée, elle est d'ailleurs contraire à l'esprit de la loi et à son texte.

Nous avons vu que l'obligation alimentaire trouve sa base moins dans l'existence de la famille et par conséquent du mariage que dans le fait lui-même de la génération. Il serait bien extraordinaire que les parents fussent déchargés par la loi de cet impérieux devoir, précisément dans le cas où il pèse sur eux avec plus de force parce qu'ils sont coupables d'avoir engendré.

L'article 205 exprime un principe général ; s'il a été placé en titre « du mariage », c'est que le législateur a statué de *eo quod plerumque fit*. Admettre le contraire, prétendre que ce texte n'oblige que les parents légitimes serait dire qu'il autorise les autres à laisser mourir leur enfant de faim. Et c'est lorsqu'ils ont à se reprocher cette naissance que la loi autoriserait une pareille infamie ?

D'ailleurs, les termes même de l'article 762 supposent évidemment que les parents sont tenus de leur vivant. La dette alimentaire est en effet intransmissible aux héritiers (1), à plus forte raison ne doit-elle pas naître en leur personne. On ne s'expliquerait pas pourquoi les héritiers seraient tenus d'une obligation qu'ils n'ont pas contractée et que leur auteur n'a pu leur transmettre. S'ils sont tenus, c'est que par exception un texte a autorisé la transmission de la dette et l'auteur ne pourrait pas la transmettre s'il n'en était lui-même tenu (2).

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 535 ; Coulon, 182 ; Loiseau, 749 ; Bedel, 169 ; Aubry et Rau, VI, 226 ; Demolombe, IV, 16 ; Planiol, I, 687.

(2) Besançon, 8 juillet 1879, D., 1880, 2, 162, S., 1880, 2, 299.

Telle était la solution de notre ancien droit. L'Eglise (1), *pietate canonica*, leur accordait des aliments du vivant de leur auteur et les Parlements (2) avaient adopté cette manière de voir. Les paroles de Siméon (3) au corps législatif démontrent que le Code civil n'a fait que suivre la tradition : « les enfants adultérins n'en sont pas moins des hommes et tout homme a droit de recevoir au moins des aliments de ceux qui lui ont donné la vie ».

Application. — L'enfant n'aura droit à une pension alimentaire que si sa filiation est légalement établie. A qui s'adresserait-il en effet s'il n'avait aucun titre le rattachant à ses auteurs ? Cette observation limite considérablement l'exercice de l'action, car nous savons que les cas où la filiation est légalement constatée sont infiniment rares : le jugement lui servira de titre. Une reconnaissance volontaire ne permettrait pas à l'enfant de réclamer une pension. Ce point était autrefois contesté. C'est ainsi que Troplong (4) écrit « Est-ce que la qualité flétrissante que le père a sciemment donnée à son enfant ne vaudra pas du moins pour lui conférer en compensation le droit d'exiger des aliments de la part de celui qui a avoué sa faute ? » Quelques anciens arrêts (5) avaient admis cette opinion ; elle doit être repoussée, car la reconnaissance est nulle,

(1) Décrétale V, l. IV, t. VII. *De eo qui dixit in matrimonium quam polluit adulterio*, cap. v.

(2) Paris, 27 février 1688 ; 26 juin 1679 ; 24 février 1782 ; Dijon, 28 juillet 1644 ; Aix, 17 février 1652 ; 14 mai 1702.

(3) Locré, IV, 488.

(4) Troplong, *Donations*, II, 908 ; Toullier, II, 967 ; Valette sur Proudhon, II, 151.

(5) Bruxelles, 29 juillet 1811, S., 1811, 2, 484 ; Rennes, 31 décembre 1834, S., 1837, 2, 306.

d'une nullité absolue et permettre à l'enfant de s'en prévaloir serait contraire à l'article 335. Mais nous savons que la jurisprudence validerait une promesse d'aliments contenue dans une reconnaissance nulle.

Si la filiation est établie, l'enfant, qu'il soit mineur ou majeur, aura droit à des aliments, mais encore faut-il qu'il soit dans le besoin. Il en sera ainsi toutes les fois qu'il ne pourra subvenir lui-même à sa subsistance soit par ses biens personnels, soit par son travail ou son industrie. Les tribunaux auront naturellement à apprécier la situation de l'enfant ; ils tiendront compte de sa santé, de son âge, de sa condition sociale et de la fortune des parents. Tout ceci c'est le droit commun et le Code serait à l'abri de toute critique s'il s'en était tenu là. Mais l'article 764 apporte à ces principes une exception importante et établit une profonde différence entre l'obligation alimentaire de l'enfant légitime et celle de l'adultérin. Quelle que soit leur fortune, les parents ne devront rien à l'enfant adultérin s'il exerce un métier quelconque lui permettant de gagner misérablement sa vie. Ceci nous indique qu'ils ne sont pas tenus de donner à l'enfant une éducation conforme à leur rang social. Ils pourront vivre en toute sécurité dans l'opulence et ils seront à l'abri des réclamations de leur enfant en lui faisant apprendre un métier. Le droit de l'enfant ne renaîtrait que s'il se trouvait, sans sa faute, dans l'impossibilité d'exercer sa profession. On peut se demander si le souci de protéger la famille légitime n'a pas conduit trop loin notre législateur. Il s'agit d'une demande digne d'intérêt puisqu'il s'agit d'aliments. Cette pension viendrait réduire les revenus des parents coupables et les priver de certaines jouissances, ce qui serait moral. Remarquons aussi que la famille légitime est suffisamment

protégée d'abord par l'article 763 qui proportionne la pension aux facultés des parents, ensuite par le pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui ont à tenir compte des circonstances. La restriction apportée par l'article 764 est de trop ; la faute des parents restera impunie une fois de plus ; ils jouiront de tous leurs revenus au détriment de leur enfant qui vivra pauvrement, en cotoyant le luxe de ses auteurs. L'immoralité de cette restriction apparaît flagrante quand on constate qu'elle profitera aux seuls parents criminels et dégradés, puisque ceux qui comprennent leur devoir pourraient donner à l'enfant une situation conforme à leur rang ou lui payer la pension que la loi lui refuse.

Quoiqu'il en soit de cette discussion, l'enfant dans le besoin obtiendra une pension.

L'article 337 pourrait, au premier abord, faire naître une difficulté. Ce texte en effet décide qu'une reconnaissance d'enfant naturel faite pendant le mariage ne pourra nuire à l'autre époux ni aux enfants légitimes. Et alors si on assimile la reconnaissance forcée dont l'enfant adultérin sera l'objet à la reconnaissance volontaire de l'enfant naturel simple, on sera amené à lui appliquer l'article 337. L'enfant naturel reconnu, l'enfant adultérin dont la filiation est constatée ne vont-ils pas nuire à l'autre époux en réclamant une pension ? Comment la pension devra-t-elle être payée pour ne pas retomber partiellement sur la tête de l'époux innocent ? La question est fort délicate. Il est tout d'abord douteux et fort discuté que l'on puisse ainsi assimiler la reconnaissance forcée à la reconnaissance volontaire (1), et si cette assimilation n'est point faite, l'ar-

(1) Pour l'affirmative : Loiseau, 437 ; Demolombe, V, 466 ;

ticle 337, qui ne parle que de la reconnaissance volontaire, reste inapplicable aux enfants adultérins qui ne peuvent en être l'objet. Mais allons plus loin et assimilons la reconnaissance volontaire à la reconnaissance forcée ; même dans cette hypothèse l'article 337 reste étranger aux enfants adultérins. Il est en effet universellement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence (1), que ce texte ne vise que le droit de succession *ab intestat* de l'enfant naturel ; or, l'adultérin n'est pas héritier, il n'a donc pas à s'occuper de l'article 337. Puisque ce texte n'empêche pas l'enfant naturel reconnu de réclamer des aliments à l'auteur de la reconnaissance, on ne voit pas pourquoi il refuserait ce droit à l'enfant adultérin dont il ne parle pas.

Aucune difficulté ne s'élèvera pour le paiement de l'obligation lorsqu'elle sera prestée en nature ; l'enfant sera entretenu au domicile de ses parents (2). Mais nous n'admettons qu'exceptionnellement cette solution à cause des sérieux inconvénients qu'elle comporte. Plus souvent, l'auteur légalement connu aura à payer une pension en argent et s'il est marié son conjoint ne devra évidemment pas contribuer à ce versement. Sur quels fonds la pension sera donc payée ? La solution variera avec le régime matrimonial.

Supposons tout d'abord que l'auteur tenu soit le père ;

Aubry et Rau, VI, 187 ; Valette, 485 ; Cass., 16 décembre 1861, S., 1862, 1, 419 ; Bordeaux, 25 mai 1892, D., 1894, 2, 250. Pour la négative : Huc, III, 115 ; Duranton, III, 255 ; Toullier, II, 958 ; Planiol, 1731 ; Baudry-Lacantinerie, I, 463.

(1) Planiol, I, 751 ; Huc, III, 115 ; Aubry et Rau, VI, 185 ; Bedel, 170 ; Duranton, III, 252 ; Toullier, II, 957 ; Cass., 13 juillet 1886, D., 1887, 1, 65.

(2) Bordeaux, 22 février, 1851, S., 1851, 2, 494.

s'il est séparé de biens ou marié sous le régime dotal, l'enfant exercera son action contre des biens personnels ou contre les revenus dotaux dont le mari est propriétaire. S'il est marié sous le régime de la communauté, l'action pourra être exercée non seulement contre les biens propres mais aussi contre les biens communs, car la communauté est tenue de toutes les obligations contractées par le mari (1). Bien entendu, la communauté au jour de sa dissolution aura droit à une récompense des sommes versées par elle selon les termes de l'article 1437. Il serait en effet inique de faire supporter à la femme, même pour partie, une dette dont le mari est responsable et dont l'existence est une injure pour elle.

Le plus souvent l'auteur légalement connu sera la mère. L'enfant exercera son action contre ses biens personnels si elle est séparée de biens (2) et contre les paraphernaux si elle est mariée sous le régime dotal (1646-1576). Si elle est mariée sous la communauté, l'article 1426 s'oppose à ce que l'on poursuive les biens communs et par conséquent les revenus des biens propres, car ils tombent dans la communauté ; on peut également supposer que mariée sous le régime dotal la mère n'a point de paraphernaux, on ne pourra alors saisir les revenus dotaux, car ils sont la propriété du mari. Dans ces deux hypothèses l'enfant sera-t-il désarmé ? Non, il pourra poursuivre la nue-propriété des biens de sa mère ; la mère également, autorisée du mari ou de la justice, pourra vendre ou hypothéquer cette nue-propriété ; l'intérêt du prix servira à payer la pension de l'enfant.

(1) Cass., 15 décembre 1861, S., 1862, 1, 419.
(2) Rennes, 22 mars 1810, S., 1810, 2, 255.

Par conséquent, l'obligation alimentaire existe au profit de l'enfant adultérin ou incestueux à l'encontre de ses auteurs vivants et légalement connus. L'enfant n'étant uni par aucun lien aux parents ou alliés de ceux-ci ne pourrait rien leur réclamer. Nous observerons cependant que les auteurs de l'enfant cesseraient d'être tenus s'il avait lui-même des descendants légitimes en état de le secourir.

L'obligation alimentaire est, en principe, intransmissible aux héritiers, car ceux-ci ne succèdent pas à la qualité de parent ou allié qui est la seule cause de l'obligation. Par une exception remarquable la succession des père et mère de l'enfant adultérin ou incestueux en sera néanmoins tenue. La loi a considéré qu'il était suffisant de les priver de la qualité d'héritier *ab intestat*, elle n'a pas voulu les laisser sans ressources en présence de la succession de leur auteur.

§ 2. — *L'obligation alimentaire pèse sur leur succession.*

Principe. — En droit romain on peut considérer comme certaine la proposition suivante : les choses que s'approprie un des membres de la famille en entendant par famille l'ensemble des personnes qui descendent d'un auteur vivant et par cet auteur lui-même doivent être considérées comme acquises par tous les membres de la famille. Cette espèce de co-propriété familiale dérive du désir qu'éprouve l'homme de se survivre à lui-même en faisant passer ses biens aux personnes qui lui sont chères, c'est-à-dire à ses descendants. C'est un principe de droit naturel. Les jurisconsultes le comprenaient ainsi et Paul allait jus-

qu'à dire qu'il ne paraît pas y avoir de succession entre le père et ses enfants et qu'à la mort du père les enfants acquièrent seulement l'administration des biens dont ils étaient déjà co-propriétaires du vivant même de leur auteur (1).

Depuis, la composition de la famille a bien changé, mais le principe de la transmission héréditaire des biens est resté. L'idée de cette co-propriété familiale ne serait plus complètement vraie aujourd'hui, mais historiquement notre système successoral est basé sur elle, l'ordre des héritiers et surtout la réserve légale nous démontrent que le législateur a dû adopter cette théorie si fortement imprimée dans la conscience populaire.

Or, le droit naturel ne fait aucune distinction entre les enfants, tous doivent-ils participer à la succession *ab intestat* de leurs auteurs, tous doivent-ils avoir une réserve légale ? qu'ils soient adultérins ou incestueux, naturels, simples ou légitimes, leurs droits sont-ils égaux ?

La loi civile a créé le mariage, elle a fait de cette institution le fondement de la famille dont l'importance sociale est indiscutable : il fallait donc atteindre ceux qui lui portent atteinte. Or, les enfants adultérins ou incestueux doivent leur naissance à une violation des lois du mariage. Le législateur les exclut d'une famille qu'il compose parce qu'ils sont nés à l'encontre de ses lois. La loi les frappera encore

(1) « Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sid magis liberam bonorum administrationem consequantur. Hoc ex causa licet non sint heredes instituti domini sunt. » Paul, *Dig.*, l. II, loi 28, t. II : « Sed sui quidem heredes ideo appellentur quia domestici heredes sunt at vivo quoque parenti quodammodo domini existemantur. » Gaïus, *Comm.*, II, p. 157.

en leur refusant la qualité d'héritiers *ab intestat* dans la succession de leurs auteurs. Cette mesure est grave mais il faut reconnaître qu'elle est en pleine conformité avec les principes : les textes sont d'ailleurs formels.

L'ancien article 762 n'excluait pas formellement les enfants adultérins ou incestueux de la succession de leurs parents, car il ne renvoyait pas à l'article 756. Et cependant cette solution ne faisait de doute pour personne (1). La loi du 23 mars 1896 est venue renforcer cette solution. L'article 762 déclare inapplicable, aux enfants adultérins ou incestueux, l'article 756 qui donne aux enfants naturels simples la qualité d'héritiers. On ne pourrait même pas prétendre, comme le faisait Loiseau (2), que ces enfants excluraient l'Etat, si pour une raison quelconque les héritiers présomptifs ne venaient pas à la succession. L'Etat soit qu'il agisse en vertu de son droit de souveraineté, soit qu'on le considère comme un véritable héritier (3), recueillera les biens avant lui (4). La loi, en effet, ne limite pas la qualité d'héritier de l'enfant, elle la lui supprime complètement. Laurent (5) critique cette solution avec raison. « C'est l'intérêt des bonnes mœurs, dit-il, est-ce que les bonnes mœurs y gagnent beaucoup ? Nous en doutons fort. Le fisc n'y gagne pas davantage ; il y a mille moyens d'éluder la prohibition de la loi et les parents coupables ne manquent pas d'en user. A quoi aboutit donc la rigueur du Code ? A frauder la loi sans profit aucun pour la moralité. »

(1) Demolombe, XIV, 124 ; Laurent, IX, 180.
(2) Loiseau, 756.
(3) Paris, 13 décembre 1901, D., 1902, 2, 177.
(4) Nîmes, 23 juillet 1824, S., 252, 318.
(5) Laurent, IX, 179.

Ne venant à la succession ni à titre d'héritier, ni à titre de successeur irrégulier, l'enfant adultérin pourra cependant, s'il se trouve dans le besoin, se présenter comme un créancier d'aliments. En mettant l'enfant au monde, les parents contractent l'obligation de subvenir à ses besoins quel que soit d'ailleurs le vice qui infecte sa naissance. La loi ne pourrait pas, sans commettre une injustice, priver l'enfant de ce minimum ; ç'eut été autoriser un véritable meurtre, selon la forte expression du jurisconsulte. C'est dire assez que les parents ne pourraient pas, par un acte de dernière volonté, supprimer le droit de l'enfant.

Application. — Cependant il ne faut pas oublier que l'enfant n'a qu'une créance alimentaire. Pour en établir le montant, il faudra, selon le droit commun, tenir compte des facultés du débiteur et des besoins du créancier.

1re Base. *Facultés du débiteur.* — *a*) Il faudra établir la consistance de la succession qui seule est débitrice, sans se préoccuper de la fortune des héritiers qui ne sont pas personnellement tenus de l'obligation. Pour cela on fera la masse des biens laissés par le défunt au jour de son décès, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, en nature, ou à l'état de créances. Mais l'enfant n'étant pas héritier n'a pas de réserve légale ; il ne pourrait donc faire tomber les donations entre vifs le privant d'aliments. Inversement, il ne faut pas déduire de la masse le montant des legs, car il n'appartient pas au défunt d'amoindrir la pension par un acte de dernière volonté (1). On défalquera les dettes laissées par le défunt, car elles viennent diminuer les facultés de la succession. Et ainsi sera établi l'actif net, premier élément nécessaire à l'établissement de taux de la pension (763).

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, 1372. Le Sellyer, 1458.

b) Il faudra en outre tenir compte du nombre et de la qualité des héritiers légitimes, nous dit l'article 763. Tout le monde s'accorde à reconnaître la mauvaise rédaction de cette phrase. Non seulement il faudra tenir compte des héritiers naturels que l'article semble exclure en ne parlant que des héritiers légitimes, mais encore des successeurs irréguliers dont l'article ne s'occupe pas.

Les ressources de l'hérédité varieront en effet suivant le nombre des personnes appelées par la loi à la recueillir et il était logique que les aliments fussent réglés plus ou moins largement suivant le degré de parenté qui unissait le défunt aux successeurs. Aussi le droit de l'enfant adultérin sera réduit au minimum lorsqu'il se trouvera en présence d'enfants légitimes et fixé au maximum lorsque l'Etat viendra réclamer les biens.

Ce 2e élément étant connu, nous aurons la 1re base de l'obligation.

2e Base. *Besoins du créancier.* — La mauvaise rédaction de l'article 763 pourrait laisser supposer que l'enfant peut réclamer des aliments dans toutes les hypothèses, car rien ne limite le droit de l'enfant à ses besoins. Mais les principes généraux de la matière rendent cet élément indispensable. Lorsqu'un héritier se présente pour recueillir une succession, on ne lui demande pas quelle est sa situation de fortune, son titre d'héritier lui suffit pour réclamer sa part. Or, l'enfant adultérin n'est pas héritier, il est créancier d'aliments et son titre de créance sera le besoin dans lequel il se trouvera. D'un autre côté, il s'agit d'aliments, c'est-à-dire des choses indispensables à la vie et l'article 208 qui forme le droit commun nous dit : « qu'ils ne seront accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame ».

L'enfant adultérin ne pourra donc réclamer les aliments que s'il se trouve dans le besoin au jour de l'ouverture de la succession. Il devra donc établir qu'il n'a pas de biens et qu'il est dans l'impossibilité de se procurer des ressources par son travail. Si donc il avait reçu une libéralité de la part d'un étranger, s'il jouissait déjà d'une pension payée à un titre quelconque, s'il avait une profession lui permettant de vivre, il ne pourrait rien réclamer. Naturellement, cette situation misérable de l'enfant est une question de fait, laissée à l'appréciation du tribunal. Celui-ci, pour juger des besoins de l'enfant, tiendra compte de sa santé, de son âge, de sa condition sociale et, s'il a des biens, de la suffisance ou de l'insuffisance de ses revenus. Si l'enfant n'a appris aucun métier et s'il a été élevé dans l'aisance et dans le luxe, les aliments seront proportionnés à la fortune des parents et aux exigences de la classe sociale à laquelle l'enfant appartient.

Bien qu'étroitement limitée, cette façon de calculer l'obligation alimentaire nous apparaît à l'abri de la critique, car elle est l'expression du droit commun.

Mais ce n'est pas tout, l'article 764 apporte à ces principes une restriction qui le plus souvent les rendra inapplicables. C'est un piège placé sous les pas de l'enfant. Nous avons déjà rencontré cet article odieux, il nous faut l'examiner à un autre point de vue. « Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécanique... l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession. » Cette règle déroge au droit commun et consacre une véritable injustice. D'après l'article 208 il y a une relation étroite entre les besoins du créancier et la fortune du débiteur. La notion de besoin est extrêmement variable. Un revenu

déterminé permettra à l'un de vivre dans l'aisance, tandis qu'il laissera l'autre dans la misère. Ainsi les besoins d'un individu ne sont-ils par calculés en eux-mêmes par l'article 208, mais ils sont appréciés par rapport à la fortune de celui qui doit y subvenir. Si l'enfant a une profession on ne tiendra compte que d'un seul élément : les besoins de l'enfant, sans se préoccuper de la valeur de la succession comme le veut l'article 208. Il en résulte que les parents pourront mettre leur succession à l'abri d'une réclamation en donnant à l'enfant un métier quelconque. Ils ne sont donc pas obligés de lui donner une situation sociale égale à la leur. Et c'est là qu'apparaît le caractère odieux de cette mesure : l'enfant ne pourra rien réclamer à la succession même considérable de ses auteurs s'il a un métier lui permettant de vivre même modestement. Pour sauvegarder les droits d'un héritier d'autant moins intéressant qu'il sera plus éloigné, on permet aux parents coupables de cacher leur honte en faisant élever l'enfant dans les conditions les plus obscures. L'article 763 qui proportionne les aliments aux facultés de la succession n'était-il pas suffisant pour protéger la famille légitime ?

Ces précautions minutieuses, ces scrupules étonnent de la part d'un législateur qui, dans des circonstances autrement graves, ne craint pas de fouler aux pieds les droits de la famille,

L'expression « d'art mécanique » s'entend généralement d'un art exigeant un travail manuel, c'est-à-dire d'un métier : serrurier, tailleur, cordonnier, mais il est certain qu'elle n'a rien de limitatif et qu'elle doit être prise dans son sens le plus large.

Il faut s'attacher moins à la nature de la profession

qu'aux revenus qu'elle donne. Quelle que soit la profession exercée par l'enfant, il ne pourra rien réclamer si son travail lui rapporte suffisamment pour vivre. Il en serait ainsi notamment s'il avait été placé dans une banque ou dans une maison de commerce, s'il était professeur ou avocat.

Mais le droit de l'enfant subsisterait si sa profession ne le faisait pas vivre. C'est ainsi que la Cour de Toulouse a jugé que le métier de couturière à la journée « dont les profits sont insuffisants pour fournir à la subsistance d'une personne qui n'aurait point d'autres ressources ne saurait être rangé au nombre des arts mécaniques dont parle le dit article (1) ».

La doctrine (2) admet généralement que l'action de l'enfant devrait être repoussée si les profits de son état étaient devenus insuffisants par suite de sa paresse ou de son inconduite. On ne veut pas qu'il trouve dans sa faute un titre contre la succession. Nous ne croyons pas pouvoir adopter cette solution. Aucun texte n'impose cette sévérité nouvelle vis-à-vis d'un enfant déjà bien délaissé ; ce n'est que trop souvent que la loi met à l'abri les parents coupables et nous ne saurions négliger cette occasion de les saisir, puisque la loi ne nous ne le défend pas. Bien mieux, la loi nous le permet, en règle générale les aliments sont dus quelle que soit la cause de la misère du créancier, or, aucun texte ne déroge à cette règle dans notre hypothèse. Donc toutes les fois que la profession sera insuffisante pour faire vivre l'enfant, nous lui accor-

(1) Toulouse, 30 avril 1828, D., *Successions*, rep. 374 ; Demolombe, XIV, 190 ; Laurent, IX, 172.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, 1373 ; Aubry et Rau, VI, 225.

derons des aliments sans rechercher les causes de sa misère.

La question de savoir si l'enfant est dans le besoin, si les ressources de son état sont suffisantes pour le faire vivre, soulèvera bien des difficultés et fera naître des procès. L'enfant, en effet, mécontent de l'exclusion dont il est l'objet, cherchera par tous les moyens à obtenir une pension et les héritiers seront disposés à contester ce besoin pour se dispenser d'une charge que la loi leur impose. Aussi la loi a-t-elle permis au père de débarrasser sa succession de ce créancier odieux en lui assurant des aliments de son vivant. C'est ce que nous dit la suite de l'article 764 « lorsque le père ou la mère... lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession ». On s'est demandé dans la doctrine si le consentement de l'enfant était nécessaire ou si les parents pouvaient l'obliger à recevoir quelque chose pour l'éloigner définitivement. Demolombe (1) fait une distinction ; s'il s'agit d'assurer à l'enfant une pension viagère, les parents peuvent le faire sans son consentement, car l'enfant est créancier et il ne peut refuser le paiement de la dette ; mais si, pour désintéresser l'enfant, on veut lui transférer en pleine propriété une valeur quelconque, son consentement sera exigé, car la propriété ne peut se transférer entre vifs sans les consentements respectifs du *tradens et de l'accipiens*. On repousse généralement cette distinction (2). Qu'il s'agisse de transférer à l'enfant une pleine propriété, qu'il s'agisse de lui assurer une pension, son consentement sera toujours nécessaire. En effet, d'une part l'article 1243 décide qu'un

(1) Demolombe, XIV, 130.
(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, 374.

créancier « ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due » ; d'autre part, l'article 762 donne bien à l'enfant une créance d'aliments mais il ne spécifie pas la façon dont elle sera prestée.

En résumé, l'enfant pourra réclamer des aliments à la succession de ses auteurs s'il se trouve dans le besoin au jour de leur décès ; ces aliments seront proportionnés aux facultés de la succession et réglés selon le nombre et la qualité des successeurs. Cependant l'enfant n'aura droit à rien si ses parents l'ont mis à même d'exercer une profession lui permettant de vivre ou bien s'il a consenti à recevoir d'eux un don alimentaire remplissant les conditions exigées. C'est ce que nous disent les articles 763 et 764.

Cette étude nous a montré combien l'expression de l'article 762, « la loi ne leur accorde que des aliments », est rigoureusement vraie et ne souffre aucune extension. On n'accorde aux enfants adultérins ou incestueux que ce qu'on ne peut leur refuser et encore faut-il que les circonstances lui soient éminemment favorables.

Exécution. — La loi ne déterminant pas la façon dont les aliments seront prestés, les héritiers jouissent à ce sujet d'une grande liberté. Les aliments sont les choses nécessaires à la vie et l'obligation de les fournir s'éteint avec la vie du créancier. Par conséquent, il semble qu'une rente viagère réponde le mieux à la situation ; les héritiers payeront eux-mêmes les arrérages ou les feront verser par une compagnie d'assurances. D'autres fois ils donneront en usufruit un immeuble dépendant de la succession, l'enfant en touchera les revenus sa vie durant et à sa mort l'immeuble fera retour aux héritiers.

Les héritiers peuvent-ils transmettre à l'enfant la pleine

propriété d'un immeuble et se libérer ainsi à tout jamais ? Cette solution serait éminemment pratique. L'enfant serait à l'abri de l'insolvabilité éventuelle des héritiers ; de plus, il toucherait en une seule fois un capital qu'il pourrait faire fructifier. Les héritiers, d'autre part, liquideraient définitivement au moment du partage la situation de l'enfant et se mettraient à l'abri d'une demande en augmentation de pension toujours possible. Tous enfin cesseraient ainsi des relations irritantes, peu susceptibles de s'améliorer en se prolongeant. Quelques auteurs (1) ont soulevé des objections théoriques contre cette solution. Les aliments, ont-ils dit, constituent un droit essentiellement viager, si on les remplace par un capital immobilier l'enfant en jouira pendant sa vie et les transmettra à ses héritiers. C'est faire de lui, un successeur prenant une partie de l'hérédité ; ce que la loi ne veut pas.

L'objection est plutôt dans les termes, car on peut remarquer que l'attribution d'une rente n'y échapperait pas elle-même. On répond (2) en disant qu'il suffira d'attribuer à l'enfant un immeuble dont les revenus sont insuffisants pour le faire vivre, il sera ainsi obligé d'absorber peu à peu le capital. Du reste, c'est une question de fait et les tribunaux qui ont à fixer le taux de la pension seront compétents pour apprécier la valeur de l'immeuble donné en paiement. La Cour de cassation (3) ne s'est d'ailleurs pas arrêtée à cette objection purement théorique, elle a permis aux héritiers de se libérer en une seule fois.

(1) Ducorroy, Bonnier et Roustan, II, 532 ; Planiol, III, 1847.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, 374 ; Demolombe, XIV, 192.

(3) Cass., 15 juillet 1846, S., 46, 1, 721.

Cette solution est la seule vraiment pratique, car elle permet de mettre fin à une situation qui risquerait de se prolonger indéfiniment dans d'interminables procès. Remarquons en effet qu'il s'agit d'une pension alimentaire soumise par conséquent aux articles 208 et 209, puisque l'article 762 n'établit aucune règle nouvelle. D'après le droit commun, il y a une étroite relation, une corrélation intime entre le besoin du créancier et l'obligation alimentaire. L'obligation naîtra avec les besoins, variera avec eux, s'éteindra lorsqu'ils disparaîtront. L'article 762 ne déroge pas à ces principes, car il ne nous dit pas que les droits de l'enfant seront définitivement liquidés à l'ouverture de la succession. Par conséquent, la pension que l'enfant recevra à ce moment-là sera susceptible d'augmentation, si plus tard ses besoins deviennent plus grands. Inversement les héritiers ne la devront plus, si plus tard l'enfant revenant à meilleure fortune cesse d'être dans le besoin. De même si l'enfant n'est pas dans le besoin au moment de l'ouverture de la succession il n'aura droit à rien, mais il pourra réclamer par la suite si la fatalité s'abat sur lui.

Voilà ce que nous disent les principes généraux, mais cette théorie n'est pas admise dans la doctrine (1). La succession est seule débitrice, dit-on, et ses facultés sont fixées au jour de l'ouverture. A ce moment-là également, les droits de l'enfant seront irrévocablement établis. On lui donnera une pension s'il est dans le besoin et il la conservera, sans augmentation ni diminution quelles que soient les circonstances ultérieures. S'il n'est pas dans le besoin

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, 1375 ; Huc, V, 138 ; Demolombe, XIV, 186 ; Demante, III, 113.

au jour de l'ouverture de la succession, son droit s'éteint et il n'aura jamais droit à rien, même s'il tombe plus tard dans la misère.

Nous croyons que l'article 762 ne permet pas une telle dérogation au droit commun. L'article 208 en effet fait varier l'obligation selon un double élément : facultés du débiteur, besoins du créancier. Par suite de l'ouverture de la succession le 1er élément devient invariable, car les actes de l'héritier qui peuvent lui nuire ou lui profiter demeurent indifférents. Mais qu'importe ! le 2e élément ne subit aucun changement, il continue à varier. Par suite du jeu des principes le 1er élément devient stable, ce n'est pas une raison pour immobiliser aussi le 2e. Les besoins de l'enfant seront appréciés par rapport à des facultés fixes, au lieu de l'être par rapport à des facultés variables, comme du vivant de l'auteur, voilà tout. Le décès de l'auteur, qui a eu pour conséquence de figer ses facultés pour ainsi dire, reste indifférent aux besoins du créancier.

La théorie de la doctrine qui viole la loi dans son texte aboutit à des conséquence inacceptables. Si l'enfant se trouve dans le besoin au jour de l'ouverture de la succession, on lui servira une pension et on continuerait à la lui payer si plus tard sa situation devenait meilleure ? Mais ce ne sera plus une pension alimentaire, l'enfant exercera un véritable droit de succession, et la 1re partie de l'article 762 sera violée. Inversement l'enfant tombera dans la misère après l'ouverture de la succession et il n'aura droit à rien ? Mais alors que signifie la 2e partie de l'article 762 qui lui accorde des droits dans la succession de ses auteurs ? quel est le texte qui déclare son droit éteint ?

D'ailleurs les auteurs qui veulent fixer irrévocablement les droits de l'enfant au jour de l'ouverture de la succes-

sion comprennent si bien qu'ils aboutissent à des conséquences iniques en s'éloignant du droit commun, qu'ils admettent les solutions les plus diverses. Chabot (1) permet bien de demander une augmentation de pension si les besoins augmentent, mais il ne reconnaît pas aux héritiers le droit de réclamer une diminution si les besoins de l'enfant diminuent.

Cette solution est manifestement contraire aux principes de la matière : la pension doit varier avec les besoins du créancier.

Demante (2), pour pallier les conséquences funestes de la théorie, propose d'accorder toujours une pension à l'enfant, même s'il n'est pas dans le besoin au jourde l'ouverture de la succession, et cela en prévision d'une infortune éventuelle qui le laisserait sans recours contre la succession. Sa solution se heurte encore à l'article 208, on n'accorde pas des aliments à celui qui n'est pas dans le besoin.

Au fond ces auteurs sont hantés par l'idée des relations, qui vont s'établir entre les héritiers et l'enfant adultérin. En fixant irrévocablement les droits de l'enfant à l'ouverture de la succession, ils veulent tarir les difficultés sans nombre qui vont s'élever. La question de savoir si la situation de l'enfant ne s'est pas modifiée soulèvera d'incessantes discussions. Qu'un léger changement survienne, l'enfant réclamera une augmentation de la pension, les héritiers une diminution, selon les circonstances. La haine de ces parties adverses se fortifiera dans des procès sans cesse renaissants. Le désir de supprimer ces perpétuels sujets de discorde en supprimant tous rapports entre l'en-

(1) Chabot, art. 73, nos 3 et 4.
(2) Demante, III, 113.

fant et la famille est digne d'intérêt. Cette idée est éclose dans l'esprit des interprètes, mais que l'on ne dise pas que la loi n'a pas voulu perpétuer les discussions entre ces deux adversaires, car nous répondrions avec Laurent (1) : « Le législateur n'a pas voulu ! où est le texte par lequel il a manifesté sa volonté ? les relations n'auraient pas de base. La base est très simple. Ce sont des relations de débiteur et de créancier. »

Point n'est besoin d'aller chercher dans les textes incomplets une solution qui ne s'y trouve pas. Pour résoudre la difficulté il suffit de s'en tenir aux principes admis. Les héritiers auront intérêt à désintéresser l'enfant lors de l'ouverture de la succession. Ils agiront sagement en lui accordant quelque chose, car ils se mettront ainsi à l'abri de ses réclamations ultérieures. Ils pourront comme le leur permet la Cour de cassation lui donner en pleine propriété un immeuble et se libéreront ainsi à l'avance d'un créancier d'autant plus dangereux que sa créance est éventuelle et indéterminée. Cette idée se rapproche de celle de Demante, mais elle échappe croyons-nous à l'objection que nous lui avons faite. Pour Demante cette concession serait obligatoire pour l'héritier et faite dans l'intérêt de l'enfant. Or, on ne peut obliger quelqu'un à fournir des aliments à qui n'est pas dans le besoin. Cette concession nous apparaît, au contraire, comme une mesure prudente que l'héritier prendra dans son propre intérêt ; ce sera en quelque sorte une assurance contre les besoins éventuels de l'enfant. Si on ne peut forcer l'héritier à payer une pension qui n'est pas due, on ne peut l'empêcher de se mettre à l'abri d'un danger qui le menace.

(1) Laurent, IX, 172.

S'il préfère ne rien donner à l'ouverture de la succession, libre à lui, mais qu'il ne se plaigne pas, si un jour le tribunal le condamne à subvenir à tous les besoins de l'enfant, c'est une chance à courir.

Cette solution avantageuse pour l'héritier est aussi conforme aux intérêts de l'enfant. Presque toujours l'héritier se libérera à l'avance et l'enfant touchera quelque chose dans la succession de ses auteurs. Ainsi sans sortir des textes de la loi, et tout en restant, croyons-nous, scrupuleusement, dans les limites fixées par elle, nous en arrivons à accorder en fait quelque chose à l'enfant.

Mais ce sera peu, car si la loi lui accorde des aliments, elle a pris le soin de nous dire qu'elle ne lui accorde que cela.

SECTION II

Incapacité de recevoir au delà.

Les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent recevoir à titre gratuit de leurs parents que ce qu'ils pourraient leur réclamer. Telle était l'opinion de nos anciens auteurs. « Les bâtards adultérins ou incestueux, disait Lebrun (1), étaient, par le droit romain, incapables de toutes donations et legs même d'aliments. Par notre droit, ils sont capables de donations et legs d'aliments, mais incapables de toute autre donation. » On retrouve dans Pothier (2) la même affirmation. « Les bâtards incestueux ou adultérins ne peu-

(1) Lebrun, *Successions*, I, p. 2, n° 22.
(2) Pothier, VIII, 267.

vent recevoir de leur père et mère que des legs d'aliments. » L'article 908 est donc conforme à la tradition de notre droit quand il dit dans son § 3 : « les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent rien recevoir par donations entre vifs et par testament au delà de ce qui leur est accordé par les articles 762, 763, 764. »

Cette disposition conforme à notre ancien droit est aussi logique dans le système du Code, elle apparaît comme le complément nécessaire de l'article 762 dont elle assure l'exacte observation. La loi, en effet, n'accorde à l'enfant adultérin que des aliments, elle le prive des droits successoraux. Cette mesure rentre nécessairement dans l'ensemble des règles édictées pour différencier les enfants issus des diverses unions. Si, en effet, tous les enfants avaient les mêmes droits dans la succession de leurs auteurs, la différence qui sépare l'union légitime de l'union criminelle perdrait beaucoup de son importance pratique. Or, sans entrer dans les considérations morales, nous savons que cette distinction s'impose au point de vue social, elle est nécessaire dans une société où la famille et le mariage sont les fondements de l'Etat. Si les parents avaient pu par des libéralités entre vifs ou testamentaires rendre meilleure la situation de l'enfant aldutérin, l'incapacité dont il est frappé serait illusoire. Car il ne faut point se leurrer, les parents aiment tous leurs enfants d'un amour égal quelle qúe soit leur origine. L'amour paternel ne fait pas entre les enfants les distinctions que la loi civile doit faire pour sauvegarder l'ordre social et la moralité publique. Les parents se seraient attachés à faire au moyen de donations ou de legs une part raisonnable à l'enfant adultérin. L'article 762 n'aurait donc reçu son application exacte que dans les hypothèses fort rares où

les parents n'auraient pas manifesté une volonté contraire. Et ainsi le fossé que la loi a voulu creuser entre les enfants issus des unions légimes et ceux issus des unions criminelles serait en partie comblé et comme conséquence la différence qui sépare les deux sortes d'unions serait amoindrie. Ce que la loi ne pouvait évidemment tolérer. Il eut été inutile de différencier nettement en principe les diverses unions, si par des moyens détournés, les particuliers pouvaient les mettre presque sur le même pied en éludant les conséquences de cette distinction.

Le principe sur lequel repose l'article 908 étant ainsi établi nous ne nous dissimulerons point toute son importance. On peut se demander cependant, si en poussant ce principe à l'extrême, le législateur n'a pas abouti à des conséquences contraires à celles qu'il cherchait. Le grand souci de sauvegarder malgré tout la moralité publique ne l'a-t-il pas conduit dans certaines hypothèses à la scandaliser ? Quels que soient le nombre et la qualité des héritiers qui ont une réserve dans leur hérédité, les parents conservent la libre disposition d'une partie de leur patrimoine, c'est la quotité disponible. Ils peuvent en disposer à leur gré, au profit de n'importe qui, même d'un étranger et ils ne peuvent pas la transmettre à leur enfant adultérin ou incestueux. Cette sévérité n'est-elle pas excessive ? Remarquons que l'argument ordinaire du législateur, c'est-à-dire le souci de protéger la famille légitime, ne peut être invoqué ici puisque la quotité disponible échappe à la famille. Mais, dira-t-on immédiatement, en attribuant à l'enfant adultérin la quotité disponible, les parents effaceront en partie la différence qui le sépare de l'enfant légitime au point de vue successoral ; ils contribueront par là

à rapprocher l'union criminelle de l'union légitime, ce qui est immoral.

Il s'agit de savoir si l'attribution de la quotité disponible à un étranger, peut-être au complice en adultère, impressionnera plus favorablement l'opinion que son attribution à l'enfant lui-même. Nous ne le croyons pas. N'oublions pas, en effet, que le disposant est légalement connu comme étant le père de l'enfant, que l'opinion publique est informée des rapports de paternité et de filiation qui les unissent. Dans ces conditions, qui donc pourrait s'étonner que le père fit une disposition en faveur de l'enfant ? Le public qui ignore les subtilités de la loi sera scandalisé de voir un enfant écarté pour le tout de la succession de son père, tandis qu'un étranger viendra réclamer la délivrance d'un legs. Si le père n'a pas d'enfants légitimes ou naturels simples, le scandale sera encore plus grand, un collatéral, peut-être du 12e, viendra réclamer la nullité d'une attribution de biens qu'un père fait à celui que l'opinion publique et la loi elle-même reconnaissent comme son fils. N'est-ce pas là un scandale ? L'article 908 est donc allé trop loin, il aurait dû permettre aux parents d'attribuer à leur enfant adultérin ou incestueux une portion de leurs biens, ne dépassant pas la quotité disponible, et cela quelle que soit la situation de l'enfant.

Application. — Le principe sur lequel repose le § 3 de l'article 908 est donc fortement discutable en législation, mais la portée de la règle est très précise. Les parents ne pourront gratifier l'enfant que dans les limites de ses besoins. La donation sera annulable et le legs sans effet si l'enfant exerce une profession lui permettant de vivre ou s'il jouit de revenus suffisants. Il ne pourra rien recevoir, car il ne pourrait rien réclamer. Si l'enfant se

trouve dans le besoin il recevra légitimement de ses auteurs jusqu'à concurrence de ce qui lui est nécessaire pour vivre ; s'il recevait davantage l'excédent serait rapportable à la masse héréditaire. Il ne peut recevoir plus que ce qu'il pourrait réclamer.

Ces solutions dérivent d'ailleurs de la qualité de l'enfant. Il est créancier d'aliments, mais sa créance est conditionnelle ; s'il reçoit sans être dans le besoin, la donation sera annulable car la condition ne s'étant pas réalisée son droit n'est pas né. S'il est dans le besoin, la condition est réalisée et il reçoit tel un créancier ordinaire. Mais on ne lui doit que des aliments et s'il reçoit davantage l'excédent qui ne lui est pas dû sera sujet à répétition.

Une fraude était possible. L'auteur ne pouvant disposer en faveur de l'enfant lui-même aurait pu adresser la libéralité à un proche parent de l'enfant, dans l'espoir qu'elle lui profite indirectement. L'article 911 est venu déjouer ce calcul. « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne interposée. » Par conséquent, toute libéralité, faite par un des auteurs de l'enfant à ses descendants légitimes ou naturels, à son conjoint ou à l'auteur légalement connu, sera considérée comme faite à l'enfant adultérin lui-même et appréciée comme telle.

L'interprétation de ce texte a soulevé quelques difficultés. On a prétendu que les auteurs de l'enfant ne devaient pas être considérés l'un par rapport à l'autre, comme personnes interposées chargées de faire parvenir la libéralité à l'enfant. La mère de l'enfant adultérin rece-

vrait valablement les donations ou legs que le père pourrait lui faire et réciproquement. L'enfant, a-t-on dit, étant également incapable de recevoir de ses deux auteurs, il n'y a pas à craindre qu'il recueille indirectement le bénéfice des libéralités qu'ils pourront se faire. Dans tous les cas l'enfant ne pourra réclamer ou recevoir que des aliments. Il n'est pas héritier, dès lors, les libéralités que peuvent se faire ses auteurs ne l'intéressent pas.

Et cependant il a été maintes fois jugé (1), que les père et mère adultérins sont personnes interposées vis-à-vis de leur enfant quand ils reçoivent une libéralité l'un de l'autre. Tel est aussi l'avis de la doctrine (2). Au point de vue juridique, en effet, la restriction que l'on voudrait faire au profit des auteurs de l'enfant ne se conçoit pas. L'article 911 est général, il ne distingue pas entre les père et mère d'une part et l'époux et descendants d'autre part, cet article doit s'appliquer ici tout entier et non pour partie. Quant à dire que les motifs de la loi font défaut dans notre hypothèse, c'est une erreur. Si l'article 911 répute certaines personnes interposées entre le disposant et l'incapable, ce n'est pas parce qu'un lien de succession unit l'incapable à la personne interposée, c'est parce qu'il est présumé que l'affection qui unit ces personnes est assez forte pour faire échec à une prohibition légale. Ce n'est pas seulement la transmission légale que la loi a voulu empêcher, mais aussi la transmission de fait.

(1) Cass., 13 juillet 1813, S., 1813, 1, 361 ; Toulouse, 5 mars 1827, S., 1827, 2, 62 ; Cass ; 1er août 1827, S., 1827, 1, 49 ; Lyon, 21 mars 1835, S., 1835, 2, 241.

(2) Baudry-Lacantinerie et Colin, I, 238 ; Aubry et Rau, VI, 666 et 724 ; Duranton, VIII, 246, *Contra*, Demolombe, V, 600.

Qu'importe que l'enfant adultérin ne soit pas l'héritier de ses auteurs. Il serait toujours loisible à l'auteur légataire de vendre les biens et de donner le prix à l'enfant. Que l'on ne dise pas que le disposant eut échappé à la prohibition en vendant lui-même les biens pour en transmettre le prix à l'enfant, car beaucoup de personnes font des legs, mais ne se dépouilleraient pas de leur vivant. L'adultérin ne doit recevoir que des aliments et la loi a pris de minutieuses précautions pour que cette règle ne fut pas une vaine formule.

Les mêmes motifs nous conduiraient à décider qu'une libéralité faite à l'enfant légitime de l'adultérin et de son vivant par l'auteur de ce dernier serait considérée comme faite à l'adultérin lui-même. Mais il est certain (1), qu'une telle libéralité conserverait sa validité si elle était faite après le décès de l'enfant adultérin, l'interposition ne serait pas à craindre, il ne resterait qu'une libéralité faite par un étranger à un autre, car aucun lien de parenté n'unit le grand'père adultérin à son petit-fils légitime. De même les libéralités que les parents ou alliés des auteurs de l'enfant voudraient lui faire seraient valables.

L'article 908 a été édicté pour faire respecter l'article 762 et non pour priver l'adultérin des libéralités que pourraient lui faire des étrangers.

L'article 908 a été édicté dans l'intérêt des bonnes mœurs, dans le but de laisser à la situation de l'enfant adultérin toute son infériorité ; sa prohibition est donc d'ordre public. Il en résulte que tout intéressé pourra s'en prévaloir, demander la nullité de la libéralité si l'enfant n'est pas dans le besoin et sa réduction s'il a reçu plus

(1) Baudry-Lacantinerie et Colin, I, 206.

que des aliments. Si la libéralité tombe sous le coup de l'article 911, le réclamant n'aura pas à établir l'interposition de personnes.

Supposons tout d'abord qu'il s'agisse d'une donation entre vifs, les personnes intéressées à en demander la nullité ou la réduction seront le disposant et ses créanciers. Le disposant peut agir (1), il ne faut pas oublier que les rapports pécuniaires qui l'unissent à son enfant adultérin ne sont pas des rapports de père à fils, mais des rapports de créancier à débiteur.

L'enfant est créancier éventuel d'aliments dont le père est débiteur éventuel, mais c'est tout. La libéralité prend le caractère d'un véritable paiement. Si l'enfant n'était pas dans le besoin, le père ne devait rien, il a fait un paiement sans cause, il peut donc se faire restituer ; si la libéralité excédait les besoins de l'enfant, le père est dans la situation d'un débiteur qui a payé plus qu'il ne devait, il aura donc pour l'excédent l'action en répétition de l'indu. Cette même idée nous conduit à accorder l'action aux créanciers du disposant agissant au moyen de l'article 1167.

S'il s'agit d'un legs, l'action en nullité ou en réduction appartiendra aux héritiers légitimes et naturels, aux successeurs irréguliers et généralement à tout intéressé. Une opinion (2), d'ailleurs isolée en doctrine, et condamnée en jurisprudence (3), réserverait l'action aux seuls héritiers *ab intestat*. Les héritiers ne pourraient même

(1) *Contra*, Baudry-Lacantinerie et Colin, I, 590 ; Demolombe, XVIII, 556 ; Demante, IV, 28.

(2) Loiseau, 755.

(3) Montpellier, 27 décembre 1855, S. 1857, 1, 179 ; Amiens, 29 février 1857 ; S., 1857, 2, 366.

pas renoncer à se prévaloir, de l'article 908. « Dans le cas, dit un arrêt (1), où un enfant adultérin a été admis par les enfants légitimes, sciemment et de leur plein gré, au partage des biens de la succession du père commun, cette circonstance n'établit pas une fin de non recevoir contre l'action que ces derniers viendraient à former ultérieurement en nullité du partage et en attribution à eux seuls de la totalité des biens de la succession ; qu'à ce cas n'est pas applicable la règle d'après laquelle il est permis même dans les matières qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs de transiger sur les intérêts purement civils qui peuvent s'y trouver engagés. »

La portée pratique de ces règles est limitée, car elles ne sont applicables qu'aux enfants dont la filiation est établie. Quant aux autres, ils peuvent recevoir de leurs auteurs toute la quotité disponible et les donations entre vifs qu'ils peuvent en recevoir sont régies par les principes de la matière. Nous avons vu cependant que la jurisprudence annulerait la libéralité, s'il ressortait des termes de la disposition qu'elle est faite à l'enfant parce qu'il est enfant adultérin ou incestueux du disposant.

Conclusion. — Telle est la situation faite par la loi aux enfants nés de l'adultère et de l'inceste. Le plus souvent, ils ne parviendront jamais à percer le mystère qui entoure leur naissance, ils resteront étrangers aux auteurs de leurs jours. La situation de ceux qui ont une filiation, malgré la volonté de la loi, n'est guère plus enviable. Ils auront peut-être plus que les autres le sentiment de la

(1) Cass., 16 décembre 1857, S., 1857, 1, 779 ; *Contra*, Aix, 12 décembre 1839, S., 1840, 2, 176 ; Cass., 29 mars 1852, S., 1852, 1, 385.

tare, car ils tomberont directement sous le coup des dispositions prohibitives de nos textes.

M. Victor Margueritte (1) a résumé cette situation : « Le monde les dédaigne et la société les rejette. Existent-ils seulement ? Ils n'ont ni vie civile, ni fortune, ni nom même. On leur refuse jusqu'au droit de savoir à qui ils doivent d'être nés. A peine leur concède-t-on comme à des chiens un os à ronger, des aliments. Et encore au cas où leur père aura eu la précaution de leur faire enseigner un métier manuel, c'est fini, il est quitte vis-à-vis d'eux... Ils n'ont plus qu'à vivre de cette leçon ou à en mourir. »

(1) *Journal*, 29 octobre 1907.

TROISIÈME PARTIE

La Légitimation.

On peut définir la légitimation : un bénéfice par lequel la qualité d'enfant légitime est fictivement conférée avec toutes ses conséquences à un enfant né hors du mariage (1).

Par une fiction de la loi l'enfant sera considéré comme s'il avait été conçu conformément aux règles établies par elle. La légitimation efface la tache et fait oublier le passé, c'est une véritable réhabilitation. Des divers modes de légitimation connus par le droit romain notre ancien droit n'en avait conservé que deux ; la légitimation par le mariage subséquent des père et mère et la légitimation par rescrit du Prince. Les enfants adultérins n'étaient jamais légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs ; cette solution était admise tant par le droit canonique (2) que par le droit civil (3). Mais les mariages entre parents ou alliés contractés avec des dispenses faciles à obtenir permettaient de légitimer les enfants incestueux antérieurement nés ou conçus (4).

(1) Planiol, I, 1549.
(2) *Décrétale d'Alexandre,* III, cap. x, 4, 17.
(3) *Bretonnier sur Henris,* l. VI, c. 5, q. 20, n° 32.
(4) Pothier, V, 193.

La légitimation par rescrit du Prince (nous dirions aujourd'hui par décret) fonctionnait au profit de tous les enfants illégitimes sans distinction. Elle relevait les enfants naturels simples de toutes les incapacités (1), mais elle n'avait aucun effet dans le domaine du droit privé lorsqu'elle s'appliquait aux enfants adultérins ou incestueux. Elle leur profitait seulement « pour tenir offices, bénéfices et dignités » (2). Si l'on en croit Papon ce serait en 1551 qu'elle aurait été accordée pour la première fois, ce fut un scandale. « Plusieurs s'esbahirent pour le mauvais exemple qui en sort à raison de l'adultère partout et toujours odieux (3) » les scrupules durent s'évanouir, car elle fut par la suite accordée avec une extrême facilité, il suffisait de la payer.

L'existence des enfants légitimes n'y faisait point obstacle ; on l'accordait même si le mariage des parents était possible et le rescrit qui légitima les bâtards que Louis XIV avait eus de M^me^ de Montespan ne porte le nom que d'un seul auteur (la mère).

Sous la Révolution (4) on considéra que cette légitimation émanée de la volonté arbitraire du Prince était contraire aux idées démocratiques et on la supprima. Elle devenait d'ailleurs sans objet en ce qui concerne les enfants adultérins et incestueux, car le droit nouveau les re-

(1) Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, XV, 97.

(2) Bacquet, *Droit de bâtardise*, 186.

(3) L. XXI, III, 8.

(4) Ayrenx, *La condition juridique de la famille illégitime dans le droit intermédiaire*, Toulouse, 1908 ; André, *Œuvre de droit révolutionnaire en matière de filiation naturelle*, Nancy, 1906.

levait des incapacités qui les frappaient dans le domaine du droit public, les seules qu'effaçait la légitimation par rescrit du Prince (1).

Le Code civil ne la reprit pas.

(1) Elle a été conservée en Suisse, Espagne, Allemagne, dans ce dernier pays il faut :

1) une requête du père contenant la reconnaissance de l'enfant (1725) ;

2) le consentement de l'enfant (1726) ;

3) le consentement de la mère ou celui du juge des tutelles (1727) ;

4) le consentement de l'épouse si le père est marié (1726) ;

5) toutes ces pièces devant être dans la forme authentique ;

6) la légitimation est prononcée par les pouvoirs publics qui peuvent la refuser.

CHAPITRE PREMIER

SOUS LE CODE CIVIL

Bref historique. — La légitimation par mariage subséquent a donc seule survécu dans notre droit. Elle est réglementée par l'article 331. Seuls les enfants conçus hors mariage de parents libres peuvent en bénéficier. L'enfant naturel simple deviendra légitime par suite du mariage de ses père et mère à la condition d'être reconnu par ses deux auteurs soit avant le mariage soit au plus tard dans l'acte même de célébration. Il retrouvera ainsi son milieu social et l'irrégularité de sa naissance disparaîtra.

Les enfants adultérins et incestueux ne bénéficient pas de cette mesure de faveur, alors même que par suite d'une circonstance quelconque leurs parents auraient régularisé leur union. Telle a été la volonté du législateur. Les termes mêmes de l'article 331 suffisent à le démontrer ; cette opinion est d'ailleurs largement confirmée par les travaux préparatoires. Lahary (1) disait au Tribunat. « En distinguant les fruits innocents de la faiblesse des fruits honteux du crime, la loi assure aux premiers le

(1) Fenet, X, 200.

précieux avantage de la légitimation par mariage subséquent, elle marque les derniers provenus de l'adultère et de l'inceste du sceau ineffaçable de la honte et de la réprobation. » Bigot-Préameneu (1) dans son exposé des motifs est tout aussi explicite « si l'intérêt des mœurs a fait admettre la légitimation par mariage subséquent, le même intérêt s'oppose à ce qu'elle ait lieu si les enfants ne sont pas nés de père et mère libres. Les fruits de l'adultère et de l'inceste ne sauraient être ensuite assimilés à ceux d'une union légitime ».

Le Code voulait, en frappant les enfants, atteindre les parents coupables, il était donc logique avec lui-même en leur enlevant tout espoir de réhabilitation. Il voulait, par la crainte de l'enfant paria, retenir les parents dans la voie du devoir et cette crainte ne pouvait être efficace que si la situation de l'enfant était irrémédiable. Il n'y avait pas de distinction à faire entre les enfants adultérins et les enfants incestueux au point de vue de la légitimation, l'inceste et l'adultère sont également haïssables, car chacun d'eux porte atteinte à la famille légitime. D'ailleurs le Code attribue aux enfants du crime les mêmes droits, les mêmes obligations, il leur inflige les mêmes incapacités, il devait donc les exclure les uns et les autres de la légitimation.

Les portes de la maison paternelle resteront à jamais fermées pour eux.

Si le principe était parfaitement établi dans la doctrine deux cas particuliers avaient soulevé d'intéressants débats.

1^er^ *Cas.* — On s'était demandé si le mariage putatif des parents ne légitimerait pas les enfants adultérins et inces-

(1) *Archives Parlementaires*, IV, 148.

tueux. Quelques auteurs (1), appliquant ici les articles 201 et 202 du Code civil, admettaient l'affirmative. Mais la grande majorité (2) était d'un avis contraire et faisait remarquer qu'un mariage valable ne légitimant pas les enfants, un mariage putatif ne saurait produire ce résultat.

2e *Cas.* — Plus pratique était le débat au sujet de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage. S'il nait légitime, seule l'action en désaveu peut le chasser de la famille, si on le considère comme légitime, par le mariage subséquent de ses auteurs, il perdra le bénéfice de la légitimité toutes les fois qu'un obstacle s'opposera à la légitimation ; une action en contestation de légitimité suffira pour faire de lui un adultérin ou un incestueux. L'intérêt de la question est considérable étant données les différences qui séparent l'action en contestation de légitimité de l'action en désaveu, l'une est largement admise et l'autre étroitement limitée. La doctrine (3) le déclarait légitime parce que né pendant le mariage et on rappelait à ce propos les paroles de Reynaud de Saint-Jean d'Angelis. « C'est la naissance de l'enfant et non sa conception qui fait son titre, l'enfant conçu avant le mariage et né après est légitime si le père ne réclame pas (4).

La jurisprudence le déclarait légitime s'il était incestueux car elle permettait la légitimation des incestueux ; s'il était adultérin la légitimité lui était refusée, car sa lé-

(1) Bernard, *Cours sommaire*, I, 97 ; Laniol, I, 368.

(2) Laurent, II, 509 ; Aubry et Rau, V, 51 ; Demolombe, III, 364 ; Baudry-Lacantinerie, I, 463.

(3) Demolombe, V, 64.

(4) Locré, VI, 45.

gitimation était impossible (1). » Cependant dans son dernier état, elle paraissait adopter la théorie de la doctrine mais pour ne pas abandonner le principe de sa distinction elle donnait une raison différente. Au moyen d'une fiction elle reportait la conception de l'enfant adultérin au jour du mariage de ses auteurs. Elle déclarait en outre l'article 331 inapplicable ici, cet article visant les enfants nés hors mariage reste étranger aux enfants nés dans le mariage (2).

Ces deux controverses sont d'ailleurs tranchées par la loi du 7 novembre 1907. L'enfant né d'un mariage putatif sera légitime ainsi que l'enfant né avant le 180e jour du mariage. Ces solutions exactes en ce qui concerne les enfants incestueux ne le sont bien entendu, pour les enfants adultérins que dans les limites d'application de cette loi.

En dehors de ces deux hypothèses sur lesquelles quelques doutes avaient pu planer, il n'en reste pas moins exact que le Code civil prive du bénéfice de la légitimation les enfants adultérins et les enfants incestueux.

La légitimation est interdite.

Enfants adultérins. — Ils ne sont pas légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère. Cette solution déjà adoptée en droit romain et dans l'ancien droit est

(1) Caen, 14 février 1857, S., 57, 1, 779.

(2) Grenoble, 19 février 68, D., 68, 2, 128; Chambéry, 15 juin 59., S., 70, 2 214; Poitiers, 19 juillet 75, D., 76, 2, 161.

admise sans discussion par la doctrine et par la jurisprudence (1). Deux textes s'opposent à leur légitimation, l'article 331 que l'on considérait comme visant plus spécialement les adultérins dont la filiation est établie légalement, et l'article 335 qui s'appliquant à tous les adultérins en général comprend même ceux dont la loi ignore l'existence.

L'article 331, en effet, nous dit que la reconnaissance est le préliminaire forcé de la légitimation ; or, l'article 335 interdit toute reconnaissance d'enfant adultérin.

Pour priver l'adultérin de la légitimation on se reportera au moment de sa conception pour connaître le véritable caractère de sa filiation (2). Si un de ses auteurs était marié à ce moment-là, l'enfant ne sera pas légitimé si plus tard les deux auteurs régularisent leur situation. Voici l'hypothèse pratique : un enfant naît d'une femme libre et d'un homme déjà marié à l'époque de la conception, l'enfant est en réalité adultérin, mais il sera naturel simple aux yeux de la loi, car le vice ne peut être établi. Plus tard le père veuf ou divorcé se marie avec la mère, l'enfant ne sera pas légitimé. Il faudrait pour cela qu'il fût reconnu par ses deux auteurs nous dit l'article 331. Or, l'article 335 défend au père de le reconnaître car il était marié au moment de la conception. Quelques canonistes permettaient la légitimation de l'enfant si les deux auteurs étaient libres au moment de la naissance, alors même que l'un deux eût été marié à l'époque de la conception ; on repoussait dans l'ancien droit cette solution de

(1) Laurent, IV, 174 ; Aubry et Rau, VI, 546 ; Demolombe, V, 346 ; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, III, 703.

(2) Richefort, II, 216 ; Marcadé, 331, n° 3 ; Seine, 8 mai 86 ; *Gaz. Pal.*, 87, 296.

faveur, le Code civil le rejette également, par l'expression de « commerce » employé dans les articles 331 et 335 (1).

Il résulte donc de la combinaison de ces deux articles que tout enfant dont la conception est affligée d'un vice d'adultère ne pourra être légitimé par le mariage de ses auteurs.

Enfants incestueux. — Quoique le Code civil n'ait nulle part défini l'inceste, cette notion est suffisamment connue pour ne point laisser de doute dans l'esprit, on a toujours distingué l'inceste du droit des gens de l'inceste du droit civil. L'inceste du droit des gens résulterait des relations qu'auraient entre eux les parents en ligne directe, les frères et sœurs c'est dire qu'il existe entre personnes qui ne pourraient sous aucun prétexte contracter mariage entre elles.

C'est un principe de droit naturel. L'inceste de droit civil au contraire existe entre personnes qui pourraient s'unir si la loi civile n'y mettait obstacle pour des raisons de moralité (beaux-frères et belles-sœurs, oncle et nièce, tante et neveu). Il est beaucoup moins grave que l'inceste du droit des gens, il varie avec les pays et les époques. On conçoit qu'une dispense du chef de l'Etat supprime cet empêchement qui résulte de la loi et autorise le mariage. De ces deux sortes d'union des enfants peuvent naître et la loi les englobe sous la dénomination générale : d'enfants incestueux. A quelle catégorie l'article 331 s'applique-t-il ? apparemment aux deux ; car il ne fait aucune distinction. Si l'on veut être plus précis cependant il va de soi qu'il vise uniquement les enfants issus d'un inceste de droit ci-

(1) Laurent, IV, 174 ; Baudry et Cheneaux, III, 703 ;

vil, parce qu'il est parfaitement inutile en ce qui concerne les enfants issus d'un inceste du droit des gens. Donc, un mariage contracté avec dispense entre parents ou alliés au degré prohibé ne légitimerait pas les enfants nés antérieurement à l'union (1). Bien mieux, l'enfant conçu entre le jour de l'obtention de la dispense et le jour du mariage naîtrait incestueux et ne serait pas légitimé par le mariage, car la dispense autorise bien le mariage, mais elle n'a pas pour but de favoriser les relations antérieures (2). Telle est évidemment l'interprétation qu'il faut donner à l'article 331 pour qu'il ait un sens. S'il en était autrement, s'il ne visait que les enfants issus d'un inceste du droit des gens, il ne défendrait la légitimation par mariage subséquent que dans le cas où le mariage lui-même serait impossible, ce qui serait absurde; la légitimation ne serait interdite que dans le cas où elle ne pourrait avoir lieu, ce qui serait « une naïveté pour ne pas dire une niaiserie ». Par conséquent, l'article 331 vise bien les enfants dont les parents sont autorisés à contracter mariage avec une dispense. Si cet argument ne suffisait pas, on pourrait également faire état des termes mêmes de l'article 331 qui placent les enfants incestueux sur la même ligne que les adultérins et n'autorisent aucune distinction. On pourrait rappeler l'article 335 qui interdit la reconnaissance pour la légitimation. Les travaux préparatoires que nous avons d'ailleurs cités confirment nettement cette conclusion : les enfants dont la conception est entachée d'un vice d'inceste restent incestueux même après le mariage de leurs parents contracté avec dispense.

(1) Demolombe, V, 338 ; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, III, 711 ; Planiol, I, 781.

(2) Aubry et Rau, VI, 546.

La jurisprudence (1) une fois de plus a refusé d'appliquer la loi, elle a reculé devant la logique des textes. Les arrêts affirment qu'un enfant né antérieurement à un mariage, contracté avec dispense est légitimé par lui et que l'article 331 ne l'exclut pas de ce bénéfice. On laisse ainsi supposer que seuls les enfants issus d'un inceste qu'une dispense ne saurait effacer sont privés de la légitimation, ce qui est absurde. Or, quand un texte est susceptible d'une double interprétation il faut naturellement préférer celle qui a un sens à celle qui n'en a pas ; ce que la jurisprudence ne fait pas ici. En fait, elle en arrive à supprimer purement et simplement le mot incestueux de l'article 331 (2).

Elle a pensé « que maintenir l'inceste comme une tache indélébile pour les enfants, alors qu'on l'efface au profit des parents serait une monstrueuse injustice ». Fort bien, mais cela ne suffit pas pour supprimer un texte gênant, encore faut-il que le législateur en convienne. La jurisprudence devait cependant donner quelques arguments juridiques ; ils sont d'une faiblesse remarquable,

(1) Grenoble, 8 mars 1838, S., 38, 2, 145 ; Seine, 26 août 81, *Gaz. Parl.*, 82, 1, 11 ; Prades, 5 mai 1847, D., 47, 2, 190 ; *Revue de législation*, 58, VIII, 1, 50 ; Paris, 14 juin 1858, S., 59, 2, 263 ; *Contra*, Colmar, 13 mars 1865, D., 65, 2, 60 (cassé) ; Amiens, 14 janvier 1864, S., 65, 2 11 ; Valette, *Revue de législation*, VIII, p. 37 ; Cass,, 22 janvier 1867, S., 67, 1, 49 à 53 ; Thiereit, *Revue de législation*, VIII, 451 ; Paris, 28 juillet 1867, S., 68, 2, 312 ; *Revue critique*, 1867, XXX, 193 ; Aix, 22 août 1867, S., 68, 2, 278 ; Baudry, I, 457 ; Planiol, I, 1552 ; Douai, 29 mars 1873, D., 73, 2, 173 ; Demolombe, V, 352 ; Cass., 27 janvier 1874, S., 74, 1, 108 ; Rennes, 17 juin 1879, S., 80, 243.

(2) Aubry et Rau, VI. 546.

car on ne viole pas impunément un texte aussi clair et aussi précis que l'est l'article 331. La jurisprudence qui ne pouvait pourtant pas soutenir que son interprétation était en conformité avec le texte, déclare que le texte n'est pas l'expression de la volonté du législateur. Le projet de l'article 331, dit-elle, portait (1) « les enfants nés hors mariage d'un père et d'une mère libres pourront être légitimés ». Cette rédaction qui interdisait la légitimation des adultérins mais permettait celle des incestueux, ne souleva aucune objection ; l'article 335 redigé dans le même ordre d'idées interdisait la reconnaissance des adultérins et permettait celle des incestueux. Au Tribunat (2) on pensa qu'il fallait interdire aussi la reconnaissance des incestueux et Bigot-Préameneu fut chargé de modifier le texte dans le sens indiqué. De sa propre autorité et sans autorisation de l'Assemblée il transforma aussi l'article 331 pour le mettre de nouveau en harmonie avec l'article 335. Donc, tandis que l'Assemblée voulait interdire la reconnaissance et la légitimation pour les adultérins et la reconnaissance seulement pour les incestueux, les articles définitifs interdisaient l'une et l'autre pour les deux catégories d'enfants. Les articles 331 et 335 furent votés sans discussion, on ne comprit pas le changement introduit par Bigot-Préameneu dans l'article 331. Cette rédaction est donc inexacte et ne reflète pas l'opinion de l'Assemblée (3).

Ce raisonnement, comme bien on le pense, n'a convaincu que ses auteurs. La jurisprudence déclare trop facilement que la volonté du législateur était autre. Les déclarations citées plus haut ne démontrent-elles pas, au con-

(1) Fenet, X, 45.
(2) Locré, V, 179.
(3) *Revue de législation*, 1858, VIII, 150.

traire, que la loi a voulu confondre dans une même réprobation le fruit de l'inceste et celui de l'adultère ? D'ailleurs, cet argument est de trop car il s'agit de savoir si mis en présence d'un texte clair et précis le juge est autorisé à ne pas l'appliquer pour une raison quelconque. « Quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder la lettre sous prétexte d'en respecter l'esprit, » disait le projet de l'an VIII. La violation de cette règle nous conduit à une véritable confusion des pouvoirs législatif et judiciaire. Que le juge interprète avec la plus grande liberté les textes obscurs, qu'il statue en équité lorsque la loi n'a pas prévu le cas, soit, mais qu'il applique le texte lorsqu'il est clair et précis ! si les conséquences sont iniques, cela regarde le législateur.

Mais allons plus loin, admettons avec la jurisprudence que le mot incestueux dans l'article 331 soit le résultat d'une erreur et supprimons-le, néanmoins les enfants incestueux doivent être privés de la légitimation. Tout le monde admet et la jurisprudence aussi, que l'article 335 reflète exactement la pensée du législateur, en défendant la reconnaissance qui est le préliminaire forcé de la légitimation ne défend-il pas la légitimation ? Nous verrons que le législateur de 1907 n'a pas su éviter cette objection capitale.

Concluons une fois de plus que notre matière a été bien mal comprise par le Code, puisque les tribunaux inventent les raisonnements les plus fantaisistes pour ne pas appliquer les textes.

Que si nous voulons connaître les véritables raisons de cette jurisprudence, cherchons-les dans les considérations morales et sociales qui l'ont dictée et non dans les raisonnements juridiques dont on la tire.

« En déclarant, dit un arrêt (1), que les enfants adultérins et incestueux ne peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs l'article 331 a posé un principe de haute moralité ; qu'on ne peut admettre que quand les dispenses ont été accordées, le législateur ait voulu réhabiliter les auteurs de la faute sans effacer la tache qui en est résultée pour ceux qui leur doivent l'existence et introduire dans la nouvelle famille des causes incessantes de division, en accordant les avantages de la légitimité aux enfants nés depuis le mariage et en ne laissant à ceux qui sont nés antérieurement que la flétrissure et les incapacités de recevoir qui dérivent d'une origine incestueuse. »

Ce considérant élargit le débat, les raisons qu'il donne sont applicables aussi bien aux adultérins qu'aux incestueux il est la meilleure condamnation du système du Code.

(1) S., 67, 1, 49.

CHAPITRE II

ESSAIS DE RÉFORME

Critique du système du Code. — Le régime d'exception établi par l'article 331 à l'encontre des enfants adultérins et incestueux était insoutenable. Sous couleur de faire respecter une morale rigoureuse il consacrait une véritable injustice et n'atteignait pas le but qu'il poursuivait.

A) *Il était tout d'abord essentiellement injuste.* — Nous voyons la loi pénale prendre toutes sortes de précautions pour arrêter le criminel sur la pente, elle pardonne volontiers une première faute et l'ensevelit dans l'oubli ; toujours indulgente elle cherche à relever celui qui tombe plusieurs fois et sa clémence est infinie pour le condamné qui manifeste un repentir sincère. La loi civile a moins de scrupules ; lorsqu'un enfant né de l'adultère et de l'inceste, s'autorisant de l'indulgence de la loi pour ses père et mère vient réclamer sa place dans la famille le Code le repousse durement et reste sourd à ses prières, son crime ne comporte aucune rémission. Les parents coupables pourront s'unir, réparer leur inconduite, mais l'enfant doit rester irrémédiablement taré. En vain la situation des parents se sera régularisée, en vain la famille finalement constituée selon la loi vivra paisible et honorée, l'enfant restera mar-

qué du sceau de l'infamie. Il est la preuve du crime des autres, il ne saurait espérer le pardon, car il a commis la lourde faute d'être né.

Puisque la victime est aussi durement frappée, quelle peine atroce la loi a-t-elle inventée pour punir les coupables?

Pour eux la situation est bien différente, ils seront à leur gré absous et blanchis, la société leur ouvrira toute grande sa porte ; il leur suffit pour cela de rentrer dans le droit chemin, ils régulariseront leur situation et ils seront purifiés de la tache qui souille leur passé. Si leurs relations étaient entachées d'inceste une dispense de mariage, toujours accordée, pour mieux dire, une simple formalité suffira pour les réconcilier avec la loi. S'ils commettent un adultère le Code esquisse un geste de sévérité aussitôt réprimé d'ailleurs. Ils encourront une amende et encore le mari devra y mettre de la mauvaise volonté, car il ne sera punissable que lorsqu'il aura « entretenu sa concubine dans la maison conjugale » (339, Code pénal). Pour comble de dérision, le mari est excusable quand il tue sa femme ou le complice de sa femme surpris en flagrant délit ; il est vrai que la femme dans le cas inverse ne bénéficie d'aucune excuse. Nous avouons ne pas comprendre ces pénalités dans une législation qui marche à grands pas vers le divorce par consentement mutuel ; nous ne comprenons pas davantage les distinctions établies ; on dit que l'adultère de la femme donnera au mari des enfants qui ne sont pas siens, tandis que l'adultère du mari ne donnera le jour qu'à des bâtards, inconnus de la loi. Cette raison est bien peu convainquante. D'ailleurs, l'adultère de l'un ne sera poursuivi que sur la plainte de l'autre (336, 339, Code pénal) ce qui est encore une anomalie, car si l'adultère

est un délit social le ministère public doit le poursuivre d'office. Quoi qu'il en soit de ces pénalités, elles seront évitées avec un peu de prudence, tandis que l'enfant qui aura le malheur de naître dans le crime, la loi ne le laissera point échapper.

L'article 298 du Code civil était-il plus pratique et infligeait-il aux coupables un juste châtiment? Il défendait à l'époux coupable d'adultère le mariage avec son complice qui avait eu l'heur d'échapper à la mort, mais son application exigeait un concours de circonstances qui se rencontrent rarement. Il fallait que le divorce eût été prononcé pour cause d'adultère et que le nom du complice fût relaté dans le jugement. Le mariage devenait possible si le divorce était prononcé pour une autre cause, alors même que le coupable eût été condamné correctionnellement pour adultère (1). Or la constatation des relations adultérines est difficile et souvent la preuve en étant impossible le divorce sera prononcé pour d'autres motifs. Souvent aussi le jugement ne contraindra pas le nom du complice laissant ainsi le champ libre à une union postérieure. Bien mieux, si l'adultère dûment constaté n'entraîne que la séparation de corps, l'époux coupable pourra se marier avec son complice au décès du conjoint. Ajoutons, enfin qu'il n'édictait qu'un empêchement prohibitif et que le mariage célébré en violation de cette disposition devenait inattaquable. D'ailleurs l'article 298 a été abrogé par la loi du 16 décembre 1904 et les peines qui frappent encore dans quelques cas l'adultère ne tarderont pas à disparaître.

On peut donc affirmer que sous l'empire du Code civil

(1) Caen, 24 mai 1892, D., 93, 1, 412.

l'inceste était toujours impuni, l'adultère souvent, tandis que les enfants issus de ces unions restaient toujours méprisés des hommes et flétris par la loi, ce qui est une monstrueuse injustice.

B) *Quel intérêt supérieur exige-t-il en tel renversement des principes de justice ?* — On ne peut invoquer ici l'intérêt de la famille. Examinons la situation que va créer le mariage des parents ; l'enfant qu'ils auront postérieurement à leur union s'assiera à la table paternelle en qualité d'enfant légitime, dont il aura toutes les prérogatives, il sera l'héritier exclusif des biens, tandis que le malheureux né avant le mariage ne sera qu'un bâtard privé de tous les droits. Il sera la preuve vivante d'un scandale qui n'a plus de cause, qui ne se comprend plus, puisque les parents sont époux légitimes. Il n'est pas bon que la famille soit ainsi divisée, il ne faut pas que sous le même toit vivent des enfants dont la loi respecte les droits et des parias qu'elle méprise, il ne faut pas qu'il y ait dans la même maison des enfants légitimes et des bâtards qui ne pourront se regarder sans rougir et sans faire rougir leurs parents. Les questions d'intérêt ne divisent que trop souvent les familles les plus unies, il ne faut pas que la loi creuse entre les enfants un nouveau fossé, d'autant plus insondable qu'il trouvera son fondement dans les questions d'honneur.

Cette différence de situation serait d'autant plus injuste que les enfants nés du mariage doivent presque toujours leur légitimité aux enfants nés avant le mariage dans l'intérêt desquels les parents se sont mariés.

L'intérêt de la famille exige donc la légitimation des enfants adultérins et incestueux.

La double exception de l'article 331 trouverait-elle sa

base dans l'intérêt de l'Etat? Pas davantage. La société a intérêt à faire entrer les parents dans le droit chemin, car les situations irrégulières sont d'un exemple dissolvant pour les mœurs ; or, l'existence d'un enfant les poussera à transformer leur concubinage en union légale ; ils ne voudrons pas priver à tout jamais leur enfant du bénéfice de la légitimité, faire de lui un paria qui rougira de sa naissance et qui la leur reprochera un jour. Ils consentiront quelques sacrifices pour faire de leur fils un enfant légitime et réparer ainsi le dommage causé par leur inconduite. Mais si le mariage n'a pas pour résultat de légitimer l'enfant, on enlève aux parents le plus puissant motif qu'ils peuvent avoir pour régulariser leur union, on les invite à rester en marge de la société en leur inspirant la crainte des enfants futurs, dont la situation sera si différente de celle de ceux qu'ils ont déjà, on perpétue un scandale qu'ils auraient l'intention de faire cesser au lieu de les reclasser en facilitant leur retour à la vie régulière.

Le législateur qui redoute tant le scandale en arrive à lui donner une prime en refusant la légitimation des enfants adultérins et incestueux. Bien mieux il l'aggrave, si les parents malgré tout consentent à légitimer leur union le scandale subsiste mais il change de nature. Le public qui ignorait peut-être la situation antérieure des parents verra avec étonnement et surprise deux enfants nés de personnes légitimement unies avoir une qualité différente devant la loi. Et bientôt on saura que les deux époux ont eu des relations illicites avant leur union. Et cette constatation sera une cause profonde de démoralisation.

Ces considérations conservent aujourd'hui encore leur valeur, car la loi du 7 novembre 1907 n'a réalisé qu'une réforme bien imparfaite et incomplète.

Puisque la justice, l'intérêt de la famille, l'intérêt de l'Etat et la moralité publique exigent que la situation des enfants adultérins et incestueux se régularise en même temps que celle des parents, pourquoi le Code avait-il montré une telle intransigeance? « Les auteurs du Code, nous dit Demolombe, ont pu craindre d'encourager dans le sein de la famille des espérances coupables, ils ont pu craindre le funeste exemple de la passion et du désordre trouvant leur moyen de succès et leur récompense dans la violation même des plus saints devoirs, ils ont pu vouloir surtout flétrir le calcul immoral des personnes qui pour obtenir des dispenses, présenteraient comme une cause grave et comme un titre de faveur leurs relations incestueuses (1). » Et voilà pourquoi l'article 331 interdit la légitimation des incestueux. Ils ont pu craindre que chaque époux se constitue à côté du foyer conjugal un ménage distinct avec l'espoir de légitimer leurs enfants au moyen d'un divorce suivi d'un second mariage avec le complice. Cette espérance coupable affaiblirait l'union légale. Et pour maintenir au mariage toute sa stabilité ils ont frappé d'une tare irrémédiable l'enfant issu de l'adultère. Et voilà pourquoi le législateur interdit la légitimation des adultérins.

Telle est l'arrière-pensée de la loi, elle voudrait par la crainte de l'enfant paria, combattre l'adultère et l'inceste. Comme si l'on s'exposait par plaisir à avoir des enfants adultérins ! L'enfant adultérin ou naturel est presque toujours l'inattendu, le mal venu, on fait tout pour n'en point avoir et quand il vient c'est une calamité. Et, en effet, l'homme égaré par la passion, aveuglé par des désirs in-

(1) Demolombe, V, 358. Une circulaire ministérielle de novembre 1904 recommande au contraire aux parquets de se montrer très larges pour l'octroi des dispenses.

sensés, ne pense guère à un avenir qui ne l'atteint pas personnellement. Il espère que des enfants ne naîtront point de ses relations et ce doute suffit pour détruire les derniers scrupules de sa conscience, si toutefois il en a encore. Certes, le mariage doit être encouragé, l'adultère et l'inceste vigoureusement flétris, car ils sont destructeurs de l'ordre social, mais la loi manque son but en agitant devant le coupable le fantôme d'un châtiment auquel il ne croit pas. Le législateur ne doit pas se laisser égarer par des raisons sentimentales, il doit atteindre directement le coupable dans son honneur et dans ses biens au lieu de chercher à l'éloigner de la faute en lui montrant l'état lamentable de ses victimes. Que l'homme sache à quoi l'expose son inconduite, qu'il soit contraint d'endosser toute la responsabilité de ses actes et il y regardera à deux fois avant de violer la foi conjugale : on consolidera mieux le mariage en frappant celui qui le bafoue, qu'en faisant supporter le poids de la faute à d'innocentes victimes.

Projets de loi. — Les plaintes s'élevaient nombreuses contre l'inutile rigueur de l'article 331 ; des pétitions étaient déposées au Parlement mais elles restaient sans écho. Cependant les raisons qui militaient en faveur d'un changement de système étaient trop impérieuses pour ne pas attirer l'attention. A différentes reprises des projets de loi furent déposés, mais la jurisprudence retarda l'évolution législative. En permettant la légitimation des incestueux elle avait résolu la moitié du problème, réparé l'injustice la plus criante et pendant de longues années cela fut considéré comme suffisant.

1^er^ *Projet.* — La loi du 16 avril 1832, qui permettait le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs n'avait en rien

modifié l'article 331. Les enfants nés antérieurement à la célébration du mariage n'étaient pas légitimés par lui. A la suite d'une pétition demandant sur ce point une disposition complétive de la loi, la question fut discutée à la Chambre des Députés le 3 mars 1838. Dans un excellent discours, M. Perignon (1) fit valoir les arguments en faveur d'un texte, « d'où résulterait expressément le droit de reconnaître et de légitimer par le mariage subséquent les enfants nés de beaux-frères et de belles-sœurs autorisés à contracter mariage entre eux ». La demande était bien timide puisqu'elle ne visait qu'une catégorie d'enfants incestueux. Les tribunaux étaient alors saisis de la question et le Garde des Sceaux estima qu'il fallait laisser à la jurisprudence le soin de trancher le débat. La Cour de cassation ayant autorisé la légitimation, la question fut considérée comme résolue et on n'y pensa plus.

2e *Projet.* — Elle semble renaître en 1872. Le 6 mai, M. Mazerat (2) présenta un projet de loi modifiant les articles 331 et 335 du Code civil, il autorisait la légitimation des enfants incestueux et tendait uniquement à fixer sur ce point la jurisprudence, toujours susceptible de varier. Le projet parut inutile et fut repoussé.

3e *Projet.* — Ce n'est qu'en 1890 que la question fut généralisée et que l'on pensa aux adultérins. Un projet déposé par MM. Chiché, Aimel et Jourde (3), assimilait les enfants adultérins et incestueux aux enfants naturels simples.

Ce projet de loi, basé sur des considérations humani-

(1) *Moniteur*, 4 mars 1838, p. 470.

(2) *J. Off.*, 7 mai 1872 et annexe 1111 du 22 mai ; *Revue critique de législation*, 1871-72, p. 433.

(3) *J. Off.*, Chambre, *Doc. Parl.*, 1890, p. 1425.

taires, revenait en somme au système adopté par la loi de Brumaire, an II, en ce qui concerne les enfants adultérins et incestueux, car le Code civil faisait aux enfants naturels simples la situation que la loi de Brumaire avait faite aux adultérins et incestueux. Il ne fut jamais discuté.

4° *Projet.* — M. Pontois (1) déposait, le 12 mai 1891, un projet qui n'eut pas plus de succès bien qu'il respectât la famille légitime. Il faisait tout d'abord remarquer que le droit pénal frappe l'adultère et laisse l'inceste impuni tandis que la loi civile traite de la même façon les enfants issus de ces unions criminelles. Pour mettre en harmonie ces deux législations, le projet frappait d'une peine criminelle l'inceste du droit des gens et d'une peine correctionnelle équivalente à celle qui frappe la femme adultère, l'inceste de droit civil. Puis il autorisait la légitimation des enfants adultérins et incestueux par le mariage subséquent de leurs père et mère à condition qu'ils fussent reconnus soit antérieurement au mariage, soit, au plus tard, dans l'acte de célébration. Les enfants issus d'un inceste du droit des gens (ascendants et descendants, frères et sœurs légitimes et naturels) étaient naturellement exclus de la légitimation.

Mais, et c'est ici que le projet devient intéressant, les enfants nés d'un inceste de droit civil et les adultérins ne pouvaient être légitimés lorsque les auteurs auraient déjà des enfants légitimes ou naturels reconnus au moment de la célébration de leur union. Ce projet transactionnel était ingénieux et évitait en partie les critiques adressées au système du Code. Il avait l'avantage de ne porter aucune atteinte à l'institution du mariage en respectant les

(1) *J. Off.*, Chambre, *Doc. Parl.*, 1891, p. 1241.

droits des enfants légitimes déjà existant puisque leur présence seule suffisait à écarter les bâtards.

Quant aux enfants légitimes, nés postérieurement à l'union qui aurait légitimé les bâtards, ils seraient bien mal venus de se plaindre ; les enfants légitimés ont eu dans la succession des parents des droits antérieurs aux leurs. Ce projet permettait en outre aux adultérins et incestueux de passer avant les collatéraux dans le règlement de la succession de leurs parents. Quels que respectables, en effet, que soient les droits des collatéraux, ils ne sauraient prétendre, en bonne justice, à la succession de personnes mariées qui ont un enfant commun, sa naissance fût-elle entachée d'adultère ou d'inceste.

Cependant il faut reconnaître que la sauvegarde des intérêts des enfants légitimes, qui faisait la bonté de cette combinaison, en limitait considérablement le champ d'application et le spectacle pénible d'une famille composée en partie d'enfants légitimes et en partie de bâtards n'était pas toujours évité.

5° *Projet.* — En 1895, la Chambre était disposée à améliorer le sort des enfants naturels simples. Quelques socialistes, partisans de l'union libre, crurent le moment favorable pour intervenir. Le 28 mars 1897, MM. Groussier, Viviani et Jaurès (1) saisirent la Chambre d'un projet ayant « pour but de faire disparaître toutes les dispositions qui différencient les droits des enfants suivant qu'ils sont légitimes, naturels, adultérins ou incestueux. » Le nouvel article 331 aurait été rédigé de la façon suivante : « les enfants nés hors mariage ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que les enfants nés dans le mariage. »

(1) *J. Off.*, Chambre. *Déb. Parl.*, 1897, p. 376.

C'était la reproduction du système institué par les décrets du 4 et 6 juin 1893, 12 brumaire, an IV (2 novembre 1893) et de la loi du 15 thermidor, an IV (2 août 1796). M. de Folleville (1), rapporteur de la commission, se montra favorable à l'adoption de ce projet, mais il ne fut jamais discuté. Il heurtait, en effet, trop violemment les institutions établies et portait au mariage et à la famille un coup mortel.

6e *Projet.* — L'idée était cependant lancée et elle a fait des progrès. Le 9 juillet 1902 (2), M. Dejeante réédita le projet Groussier et sa prise en considération, le 28 novembre 1902, nous démontre que dans un avenir peut-être rapproché nous aurons à déplorer la suppression du mariage que l'on a cru protéger par le maintien de mesures rigoureuses et injustes.

7e *Projet.* — Le terrain était donc tout préparé, lorsque le 30 novembre 1906, MM. Violette et Steeg déposèrent leur projet qui, après bien des modifications, a acquis la force de loi le 7 novembre 1907.

On a dit que cette loi porte atteinte à la famille légitime, elle est cependant bien timide à côté des projets de MM. Groussier et Dejeante. Nous risquons de les voir reparaître avec succès si nous ne savons pas faire à leur idée les concessions légitimes qu'elle réclame.

(1) *J. Off.*, Chambre, *Doc. Parl.*, 1897, pp. 267-275.
(2) *J. Off.*, Chambre, *Déb. Parl.*, 1902, p. 2223.

CHAPITRE III

UNE TENTATIVE AVORTÉE : LA LOI DU 7 NOVEMBRE 1907

SECTION PREMIÈRE

Travaux préparatoires.

A la Chambre des députés. — Le 30 novembre 1906, MM. Violette et Steeg présentaient à la Chambre des députés un projet de loi ainsi conçu :

Article unique. — « Dans le 1er paragraphe de l'article 331 du Code civil supprimer les mots *ou adultérins* (1). »

Présentée sous cette allure modeste, la proposition cachait une réforme considérable : elle allait à l'encontre de toutes les traditions de notre droit et était un signe évident de l'esprit nouveau qui anime notre législateur. Dans l'ancien droit, en effet, la légitimation des enfants adultérins était prohibée, le Code civil avait maintenu cette solution rigoureuse et la jurisprudence qui n'avait pas hésité à supprimer un texte pour permettre la légitimation

(1) *J. Off.*, 30 avril 1907. *Doc. Parl.*, Chambre, annexe 494, p. 203.

des enfants incestueux n'avait pas osé prendre la même initiative en faveur des enfants adultérins.

Les auteurs du projet paraissent se désintéresser des enfants incestueux en les laissant soumis à toute la rigueur du Code, mais ils étaient sans souci sur le sort de ces derniers, la jurisprudence leur accordant depuis longtemps le bénéfice de la légitimation il n'yavait aucun inconvénient à les exclure du projet. Si on se place à un point de vue purement théorique, on ne peut que critiquer cette façon de procéder qui est une consécration du droit que les tribunaux s'arrogent souvent de réformer la loi ; c'était aussi laisser à la merci d'un revirement de la jurisprudence une réforme que chacun s'accorde à trouver désirable. Mais cette omission peut paraître intentionnelle quand on examine l'esprit avec lequel cette réforme fut conduite. MM. Violette et Steeg appuyaient leur proposition sur cette jurisprudence depuis longtemps établie et c'eût été infirmer leur projet que de mettre en discussion devant le Parlement les solutions qui formaient leur plus solide fondement.

Peut-être craignaient-ils que le Parlement, alarmé par la nouveauté de la réforme et ne voulant pas se montrer délibérément hostile au principe, ne parût adopter pour partie le projet en autorisant la légitimation des incestueux et en repoussant celle des adultérins, ce qui, dans la réalité, eût été un échec pur et simple.

C'était bien inutilement que les mots « autres que ceux nés d'un commerce incestueux » subsistaient dans le nouvel article 331, aussi à la séance du 17 février 1907 MM. Perroche et Groussier comblèrent-ils les vœux de la commission en en demandant la suppression.

On donnait ainsi à la réforme toute son ampleur et on

pouvait espérer qu'une discussion serrée et complète viendrait trancher, une fois pour toutes, une question depuis longtemps en litige. Il n'en fut rien et pour expliquer l'échec de la proposition devant le Sénat, il peut paraître intéressant d'examiner l'esprit avec lequel l'élaboration de la réforme fut conduite devant la Chambre. On peut se demander si la crainte de voir échouer une réforme tant désirée n'a pas contribué à donner une allure timide à des débats que l'on eut préféré plus larges et plus précis. La lecture du rapport de M. Violette, la discussion en séance publique, laissent croire que les auteurs du projet avaient peu de confiance dans le succès de leur cause. La réforme n'est pas présentée sous son véritable jour, on lui donne un fondement, au premier abord indiscutable, mais que l'on ne tarde pas à trouver insuffisant.

Ces subtilités permettent de croire qu'on a cherché à obtenir un vote favorable en escamotant la véritable discussion. Cet état d'esprit se conçoit d'ailleurs, l'échec des projets antérieurement déposés démontrait combien le parlement était peu favorable à ce genre de réformes. On espérait faire passer celle-ci en la présentant comme insignifiante, en la basant sur des arguments en apparence formels et surtout en s'efforçant de limiter les débats. Si la discussion avait été plus complète à la Chambre, peut-être aurait-elle heureusement influencé le Sénat et la commission n'aurait pas aussi facilement étranglé la réforme. Mais la hâte avec laquelle M. Violette accepta le texte tronqué qui lui fut renvoyé du Sénat, démontre qu'il fut tout de même satisfait d'un résultat qu'il n'osait espérer.

Nous allons essayer de démontrer que les promoteurs de la loi étaient imprégnés de cette timidité que donne la crainte de l'échec et que ce doute fut en partie la cause de

l'insuccès de leur proposition. Nous regrettons que le rapporteur, plus confiant dans la bonté de sa cause, n'ait pas soulevé l'examen des questions délicates que comportait un pareil débat ; sa cause était juste, et elle eût tiré grand profit d'une discussion complète qui eût ouvert la voie à une réforme d'ensemble.

Si l'on se reporte à l'exposé des motifs et au rapport que fit M. Violette au nom de la commission, on constate que les auteurs du projet ont basé leur argumentation sur l'idée suivante : la situation des enfants adultérins doit être identique à celle des enfants incestueux, il faut faire aux uns et aux autres le même sort. Ils se sont emparés du raisonnement que la jurisprudence employait pour légitimer les incestueux et ils l'ont purement et simplement appliqué aux adultérins.

Ce point de départ une fois admis — et il ne fut pas même mis en doute — le raisonnement pouvait se poursuivre avec une indiscutable logique. La jurisprudence déclare que la dispense accordée aux parents de contracter mariage efface l'inceste qui entachait leurs relations antérieures et permet de légitimer l'enfant. A plus forte raison cette solution doit-elle être admise pour l'enfant adultérin, puisque c'est une loi et non pas une dispense qui autorise le mariage entre l'époux adultère et son complice. Une loi doit, en effet, produire, les mêmes effets qu'une dispense du gouvernement.

L'article 298 défendait le mariage entre l'époux adultère et son complice, il a été abrogé par la loi du 16 décembre 1904 ; il faut tirer les conséquences logiques et nécessaires que cette abrogation comporte. La question n'est pas de savoir si la suppression de l'article 298 est une réforme heureuse, cela a été discuté en son temps ; il se-

rait inique aujourd'hui de priver les victimes d'une faveur que l'on accorde aux coupables « Peut-on vraiment dire plus longtemps à ceux à qui nous venons d'ouvrir une possibilité légale de mariage : vous pourrez régulariser votre situation bien que vous ayez été coupables. Mais vos enfants qui sont innocents, c'est sur eux que la loi va exercer sa vengeance. Ainsi, nous, législateurs, nous allons les tenir avec soin hors de la famille que nous vous autorisons à fonder. Ils seront toujours là pour témoigner qu'elle n'est en quelque sorte qu'une famille frappée de déchéance morale... Si vous avez eu le bonheur d'avoir un commerce adultérin stérile ce sera également pour le mieux ; n'avons nous pas abrogé l'article 298 ? Mais, si, par malheur, vous avez eu un enfant il restera toute votre vie dressé devant vous et le nom qu'il portera apprendra à tous les raisons pour lesquelles il est votre enfant selon la nature sans pouvoir l'être suivant la loi. Un tel système est donc un véritable encouragement à l'infanticide ou à l'abandon des enfants adultérins...

« Si le couple adultérin a des enfants, dans quelle situation vraiment atroce place-t-on les parents le jour où il leur sera permis de régulariser leur situation ? Ils auront le choix entre trois solutions : renoncer à profiter des facilités que la loi leur accorde et maintenir une situation irrégulière que le législateur n'a vraiment pas intérêt à encourager ; ou accepter les risques d'une situation qui fera l'amertume de leur vie et empoisonnera leur existence. De toutes façons, c'est un problème véritablement poignant, qu'ils auront à résoudre. A notre avis il n'est pas bon que la loi place le citoyen dans cette alternative : faire son devoir mais pour cela sacrifier ses intérêts les plus légitimes (1). »

(1) *J. Off., Doc. Parl*, Chambre, p. 19, 1907.

Par conséquent, l'interdiction de la légitimation est liée à l'interdiction absolue, rigoureuse, sans exception concevable de mariage. Une possibilité légale de mariage, qu'elle résulte d'une dispense du gouvernement ou d'une loi, lève dans tous les cas l'empêchement de la légitimation car elle dénoue des situations identiques.

Il est certain que ce raisonnement est dicté par des sentiments d'humanité et de justice et que le projet qu'il soutenait était empreint de libéralisme. On eut le tort de le laisser incomplet et de ne pas donner ainsi aux débats toute l'ampleur qu'ils comportaient.

On peut faire, croyons-nous, à cet exposé des motifs une double critique : le projet est basé sur un principe que l'orateur suppose parfaitement admis tandis qu'il est fortement discuté, de plus, le projet ainsi présenté était insuffisamment motivé.

1re *Critique*. — La jurisprudence, contrairement à un texte du Code civil, s'arrogeait le droit de permettre la légitimation des enfants incestueux. Puisqu'il s'agissait de procéder à une réforme radicale, la discussion aurait tout d'abord dû être portée sur ce terrain, il fallait solutionner ce conflit. Supposons la question résolue et la légitimation des incestueux autorisée, en résultait-il nécessairement qu'il faut accorder la même faveur aux adultérins ? Une dispense de mariage autorise la légitimation des incestueux, en résultait-il nécessairement qu'une autorisation de mariage accordée par la loi entraîne la légitimation des adultérins ? En un mot, y a-t-il identité de situation ? Le rapporteur le croit, l'admet sans l'établir, mais tout le monde n'est pas de cet avis. Il y a entre les deux situations deux points communs que l'on fait ressortir : le mariage des parents coupables, et la situation pénible que ce ma-

riage va amener pour les enfants non légitimés, qu'ils soient adultérins ou incestueux. Mais la situation reste différente à d'autres points de vue. La preuve, c'est que dans l'ancien droit la légitimation des incestueux était admise et celle des adultérins prohibée ; la preuve, c'est que la jurisprudence distinguait soigneusement les deux hypothèses ; la preuve encore, c'est que de nos jours la question est loin d'être tranchée et que nombreux sont les auteurs qui admettent la légitimation des incestueux, mais qui pensent que la légitimation des adultérins ébranle les bases constitutives de la famille, qu'elle conduit à accorder les mêmes droits à tous les enfants légitimes ou illégitimes et qu'elle est le préliminaire de l'union libre. Il fallait donc démontrer la vanité de ces craintes pour assimiler les deux situations. Dans les deux cas le mariage des parents est possible et le maintien du caractère illicite va créer une situation intolérable pour l'enfant et pour les parents. Fort bien, mais la légitimation des uns paraît dangereuse pour la famille légitime, tandis que la légitimation des autres ne le paraît pas. Voilà quel était le nœud de la question et voilà aussi le point que l'on ne discute pas, qu'on laisse dans l'ombre. C'était là pourtant la seule question vraiment intéressante, car elle aurait été le prélude d'une réforme totale de cette législation.

L'absence d'une discussion sur ce point a lourdement pesé sur le projet. Nous verrons, en effet, en étudiant la loi, qui est l'œuvre entière du Sénat, de quel poids a été cette objection capitale sur son œuvre. La loi est torturée par le désir de concilier deux principes qui paraissent contradictoires et qu'elle veut sauvegarder dans une égale mesure : améliorer le sort des enfants adultérins sans porter atteinte à la famille légitime.

2e *Critique.* — Basé sur un principe discutable le projet était encore insuffisamment motivé. Le rapporteur nous dit qu'il se borne à tirer les conséquences logiques de l'abrogation de l'article 298. Mais il suffit de comparer la portée de l'ancien article 298 et la portée du projet de loi pour s'apercevoir qu'il n'en est rien et que le projet dépasse de beaucoup l'article 298. Deux personnes condamnées correctionnellement pour adultère peuvent se marier entre elles, il fallait permettre la légitimation des enfants communs. C'est indiscutable, mais en réalité le projet va plus loin et il accorde la légitimation dans de nombreux cas où l'article 298 était inapplicable. Nous avons vu que l'article 298 était difficilement applicable : il fallait que le divorce fût prononcé pour adultère et non pour une autre cause et que le nom du complice fût consigné dans le jugement. La preuve de l'adultère étant difficile à faire, le divorce était souvent prononcé pour une autre raison, l'article 298 ne fonctionnait pas et les complices pouvaient se marier entre eux ; il en était de même si l'époux innocent ignorant les relations adultérines de son conjoint demandait le divorce pour un autre motif que l'adultère. La loi de 1904 est donc venue non pas permettre le mariage de l'époux adultère avec son complice, car ce mariage restait possible malgré l'article 298, mais augmenter le nombre des cas où ce mariage devenait possible. Que voulait le projet ? Permettre la légitimation de l'enfant dans toutes les hypothèses, même dans celles qui, pour une raison quelconque, échappaient à l'article 298. Il était donc plus large que l'article 298 n'était restreint. Par conséquent, contrairement à ce que nous dit l'exposé des motifs, ce n'est que dans une certaine mesure que le projet Violette était la conséquence « logique et néces-

saire » de la loi du 15 décembre 1904, il était donc insuffisamment motivé.

C'est dans ces conditions que le projet se présenta à la séance du 18 février 1907 devant la Chambre des députés. Ces critiques passèrent inaperçues ; en effet, M. Perroche déclara sans être contredit : « l'article 298 du Code civil qui prohibait le mariage entre l'époux adultère et son complice a été abrogé par la loi du 16 décembre 1904, il en résulte que ceux-ci peuvent maintenant s'unir légitimement. La proposition de nos collègues MM. Violette et Steeg a pour but d'étendre cette réforme ou plutôt de réaliser une de ses conséquences en permettant au père et à la mère de légitimer, par mariage subséquent, les enfants nés de leurs relations irrégulières (1) ».

Les objections n'étant point mises en lumière, le projet fut mollement discuté, dans le trouble qui caractérise les discussions de la Chambre. Il ne souleva pas de grands enthousiasmes ni de vigoureuses contradictions comme cela ce serait produit si les débats avaient eu plus d'ampleur. Il eût été préférable, croyons-nous, de soulever la question de principe qui eût amené une réforme d'ensemble.

L'impression qui se dégage de ces travaux c'est que les auteurs du projet, informés par les précédents, croyant se trouver en face d'une majorité hostile, ont voulu obtenir un vote de suprise en donnant au projet une allure anodine, et en écartant avec soin les objections capitales. Nous croyons, au contraire, que les discussions de la Chambre auraient dû démontrer au Sénat qu'une réforme large et libérale s'imposait et qu'elle dépassait les limites de la proposition qui lui était soumise.

(1) *J. Off.*, 19 février, 1907, *Chambre Déb. Parl.* p. 377.

La commission se préoccupa de la situation des enfants dont les parents s'étaient mariés depuis la loi du 16 décembre 1904. Ces enfants ne pouvaient bénéficier de la loi nouvelle, car la reconnaissance, préliminaire indispensable de la légitimation, doit être faite au plus tard dans l'acte de mariage. On autorisait donc pendant un délai de 2 ans une reconnaissance à fin de légitimation postérieure à l'union. Le projet voté à la Chambre des députés était donc ainsi rédigé.

Art. 1er. — Le premier paragraphe de l'article 331 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« Les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou lorsqu'ils les reconnaîtront dans l'acte de célébration ».

Art. 2. — Dans le délai de 2 ans à partir de la promulgation de la présente loi, les enfants nés d'un commerce adultérin qui n'ont pu être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère pourront être l'objet d'une reconnaissance qui emportera légitimation.

« Cette légitimation aura lieu devant l'officier de l'état civil du domicile des deux conjoints. Mention en sera faite en marge des actes de naissance et de mariage. »

Le projet ainsi voté était humain et libéral.

Mais la commission du Sénat allait considérablement le réduire. Ne voulant pas rejeter une réforme dont le principe lui paraissait excellent, elle allait entrer dans des distinctions qui feront perdre au projet son unité et aussi sa clarté.

Au Sénat. — Le projet se présentait au Sénat grevé d'une lourde objection qui devait amener son échec : il portait atteinte à la famille légitime. A la Chambre des députés, on

avait réussi à l'écarter au lieu de l'aborder directement, mais elle se dressa toute grande, devant les membres de la commission sénatoriale qui, « sans méconnaître la haute valeur des considérations d'humanité qui avaient inspiré les auteurs de la proposition de loi... ont fait observer que maintenir dans la généralité de ses termes le nouvel article 331 du Code civil pouvait amener des conséquences inacceptables. »

Nous ne pouvons pour le moment que résumer l'argumentation de M. Chaumié, rapporteur de la Commission. Le texte qu'il proposa fut voté au Sénat et à la Chambre sans discussion. L'étude que nous ferons des dispositions de la loi sera aussi la critique des idées de M. Chaumié qui l'ont inspirée.

« Le texte voté par la Chambre est celui de l'article 331 du Code civil dans lequel on a supprimé purement et simplement les mots « incestueux » ou « adultérins ». Votre commission a été frappée de ce que, maintenir dans la généralité de ses termes le nouvel article 331 pouvait amener des conséquences vraiment inacceptables. L'hypothèse suivante pouvait notamment se produire : un homme marié entretient à côté de son ménage une liaison illégitime au cours de laquelle des enfants lui naissent concurremment de sa femme et de sa maîtresse. Le mariage se dissout par la mort de la femme : le mari devenu veuf épouse sa maîtresse et révélant alors par la légitimation de ses enfants adultérins l'existence de ses relations coupables, en même temps que la date de la naissance de ses enfants légitimes, atteste la continuité de ses relations conjugales, il donne une sorte de consécration légale à l'état de bigamie dans lequel il a vécu. Si le texte adopté par la Chambre des députés acquérait l'autorité de la loi,

rien ne pourrait empêcher un résultat aussi choquant de se produire. Votre commission a pensé qu'il était impossible de l'admettre. Elle vous propose en conséquence de modifier le texte et de n'autoriser la légitimation que dans le cas de l'enfant adultérin désavoué par le mari et dont le père et la mère, malgré le divorce prononcé contre celle-ci, n'ont pu se marier ensemble à cause de l'obstacle que leur opposait l'ancien article 298 du Code civil ; ou bien lorsqu'il s'agit d'enfants adultérins nés plus de trois cents jours après l'ordonnance du président du tribunal prévue par l'article 878, du Code de procédure civile, intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint.

L'hypothèse est très facile à préciser. Ici il n'y a pas à redouter la conséquence choquante que je vous faisais entrevoir tout à l'heure. L'état de concubinage, les relations adultères se produisent après la constatation légale par l'ordonnance du président d'une vie séparée, et l'on ne retrouve pas la double existence constitutive d'une sorte de bigamie.

Il a paru à votre commission qu'il était humain et équitable d'adopter dans cette limite la proposition de la Chambre des Députés. A côté des cas que vise le texte nouveau, il en est sans doute, et combien n'ont été signalés, dignes d'un grand intérêt, très émouvants même.

Il est certain, en effet, que souvent à la suite de l'abandon d'un mari par sa femme où d'une femme par son mari il a pu se créer de faux ménages dans lesquels des enfants sont nés, qu'il est cruel de laisser en dehors de la famille nouvelle que vont plus tard fonder leurs parents en régularisant leur situation.

Mais en dehors du cas de désaveu ou bien de conception

au cours d'un état de séparation de corps ou d'instance en divorce, si le vice d'adultérinité venait de la mère la légitimation se heurterait au principe de la règle. « *Pater is est*... et le conflit soulèverait les difficultés les plus graves. Si le vice d'adultérinité provenait du père, il serait presque impossible de formuler un texte assez précis pour qu'il put à la fois éviter les inconvénients inacceptables dont je viens de signaler l'un et favoriser les circonstances dignes d'intérêt. »

Et le sénat vota le texte suivant : article 331.

« Les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère lorsque ceux-ci les auront reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

En ce qui concerne les enfants adultérins, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère et dans l'acte même de célébration, ceux qui seront nés plus de trois cents jours après l'ordonnance du président du tribunal, prévue par l'article 878 du Code de procédure civile, intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint, lorsque cette procédure aura abouti à la séparation de corps ou au divorce, ou aura été interrompue par le décès de l'autre conjoint.

L'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari pourra également être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice. Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.

Les enfants adultérins se trouvant dans les conditions prévues par la disposition qui précède, et dont les père et mère auront contracté mariage avant la promulgation

de la présente loi, pourront être de la part de ceux-ci, dans le délai de deux ans à partir de cette promulgation, l'objet d'une reconnaissance devant l'officier de l'état civil du domicile des deux conjoints.

Cette reconnaissance emportera légitimation et mention sera faite en marge des actes de mariage et de naissance. »

Ce texte revint à la Chambre des Députés, et M. Violette ayant conseillé de l'accepter comme un petit progrès, il fut voté sans discussion.

Le *Journal Officiel* du 9 novembre 1907 publiait ce texte. « Loi modifiant l'article 331 du Code civil en ce qui concerne les enfants adultérins. »

SECTION II

Portée de la loi.

IDÉE GÉNÉRALE. — Il faut améliorer la situation des enfants adultérins et incestueux, mais il ne faut pas porter atteinte à l'institution de la famille. Chacune de ces deux idées, prise en elle-même est infiniment respectable, de leur corrélation naît un conflit. Il semble en effet que l'on ne peut donner à ces malheureux enfants une situation meilleure sans porter à la famille un coup redoutable. Nous avons vu bien souvent que tel a été l'avis des rédacteurs du Code civil, ils ont voulu assurer au mariage toute sa stabilité et ils ont pour cela frappé les enfants nés contrairement à ses lois. Et cependant il y a là une injustice flagrante qui, de tout temps, a été remarquée. Ne pour-

rait-on pas maintenir le mariage dans toute sa pureté sans frapper des innocents ?

La loi du 7 novembre 1907, nous apparaît comme un essai de conciliation entre ces deux idées également justes, mais considérées comme contradictoires.

Nous allons essayer de démontrer que tel a été le but de la loi. Cette étude nous permettra de dégager les règles qui nous guiderons dans l'examen des difficultés que soulève cette loi obscure ; ce sera aussi une occasion de constater que le but a été en partie manqué et que la réforme qui doit intervenir dépasse les limites de la loi de 1907.

1re *Règle.* — Il faut tirer de la loi tout le parti possible car elle répare une injustice.

Le rapport que fit M. Violette au nom de la commission, nous indique qu'on a voulu faire cesser sur un point spécial le régime d'exception sous lequel vivent les enfants adultérins. On assimilait au point de vue de la légitimation tous les enfants nés hors mariage.

La Chambre adopta pleinement cette manière de voir et M. Paul Beauregard en présentant ses observations contre le projet eut bien soin de faire remarquer, et cela à plusieurs reprises, qu'il était d'accord avec le rapporteur sur le caractère large qu'il convenait de donner à la réforme.

La commission du Sénat, fit, il est vrai, quelques réserves sur la généralité de cette assimilation, mais elle se montre éminemment favorable aux cas de légitimation qu'elle admet ; si elle ne les a pas multipliés c'est pour éviter des conflits insolubles de paternité. C'est pour éviter les situations inextricables que l'on n'a pas étendu davantage le champs d'application de la loi. Cela résulte nettement des déclarations de M. Chaumié, et le rappor-

teur reste favorable à la réforme dans les limites qu'il lui assigne.

Cette opinion est enfin confirmée par la déclaration que fit M. Violette lorsque le projet revint à la Chambre des Députés. « Il est bien entendu que cette loi destinée, de l'aveu unanime à améliorer la situation des enfants adultérins ne peut en une mesure quelconque la rendre pire. »

Il faut donc interpréter largement la loi et admettre à la légitimation tous les enfants adultérins qui sont implicitement visés par elle.

2e *Règle.* — Il faut maintenir intact notre droit familial.

Voici assignées les limites que l'interprète ne devra pas dépasser, il ne faut porter atteinte à aucun article du Code et particulièrement à l'article 335. Si en effet la reconnaissance des enfants adultérins était librement permise, le mariage aurait vécu, il ne subsisterait plus que nominalement. C'est ce que nous dit M. Violette dans son rapport (1). « Il est bien entendu que les auteurs de la proposition ne portent nulle atteinte au principe posé dans l'article 335... Ainsi donc, avant comme après le vote de la proposition de MM. Violette et Steeg, la reconnaissance des enfants adultérins reste absolument interdite ».

La même affirmation fut renouvelée à la séance du 18 février 1907, lorsque M. Perroche exprima le désir de permettre cette reconnaissance (2).

Ce fut également l'avis de M. Chaumié (3). « Il est utile de rappeler que les auteurs de la proposition de loi ont

(1) *J. Off.*, 1907, Chambre, *Doc. Parl.*, p. 19.
(2) *J. Off.*, 19 février 1907, Chambre, *Déb. Parl.*, p. 377.
(3) *J. Off.*, 20 juin 1907, Sénat, *Doc. Parl.*, p. 140.

déclaré formellement ne vouloir porter aucune atteinte au principe posé dans l'article 335 qui prohibe la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux. Cette reconnaisance restera interdite après le vote de la loi comme elle l'est à présent. »

La loi de 1907 est donc bien un essai de conciliation entre deux grandes idées également vraies et dont nous avons vu l'opposition durant tout le cours de notre étude. Chacun prend en pitié l'enfant adultérin et souhaite le relèvement de sa condition sociale, mais chacun redoute que cette amélioration nuise à la famille. Donc une interprétation trop stricte du texte en limiterait la portée et serait contraire à l'esprit du législateur qui a voulu faire une œuvre pratique et donner satisfaction dans la mesure du possible à ces malheureux enfants. Une interprétation trop large donnerait au texte une extension qu'il ne comporte pas, atteindrait des articles du Code non abrogés par la loi nouvelle et serait contraire à l'esprit du législateur qui n'a pas voulu toucher à la famille.

Notre tâche est donc singulièrement délicate. Il faudra examiner avec soin chacune des solutions, rejeter celles qui ne sont point favorables aux enfants aldutérins et incestueux, rejeter également celles qui portent atteinte à d'autres textes en vigueur. Il faudra se tenir sur un sentier très étroit que borde de chaque côté un terrain défendu.

Cette façon d'interpréter la loi du 7 novembre 1907, nous paraît en pleine conformité avec les principes du droit et avec la volonté du nouveau législateur. Mais nous permettra-t-elle de résoudre toutes les difficultés ? En aucune façon. La loi a voulu dans tous les cas concilier ces deux idées, mais il est parfois impossible de le faire. Nous

nous trouverons en présence de questions insolubles si nous voulons respecter la double volonté du législateur. Nous nous trouverons parfois encerclés dans ce dilemne redoutable : sacrifier les intérêts de l'enfant pour maintenir intact le droit familial, ou bien, sacrifier la famille pour favoriser l'enfant. Chacune de ces deux solutions serait d'ailleurs illégale.

Assisterions-nous à l'échec de la conciliation que la loi du 7 novembre 1907 a voulu opérer ? Y a-t-il des cas, où il est impossible d'améliorer le sort de l'enfant sans porter atteinte à la famille ? En présence de la loi du 7 novembre 1907 nous n'hésitons pas à répondre oui, parce que cette loi est, dans certaines hypothèses, incapable de résoudre le conflit. C'est une tentative de conciliation entre deux idées également justes et qui se combattent, mais c'est une tentative avortée.

Cette loi ne réussit pas à éteindre le conflit pour le point spécial dont elle s'occupe, parce qu'elle a mal posé le problème. D'ailleurs, la question est plus générale, elle dépasse la loi du 7 novembre 1907, elle rayonne sur toute notre matière.

Chaque fois que l'on comparera entr'eux les enfants issus de diverses unions, et que l'on cherchera à les assimiler plus ou moins complètement, plus ou moins ouvertement, l'objection capitale se dressera toujours la même : la famille légitime sera atteinte et la question de la sacrifier sera remise en discussion. Il est à craindre que le législateur de l'avenir ne se laisse plus arrêter par elle et qu'il sacrifie, de propos délibéré, la famille en assimilant entièrement les enfants issus des diverses unions ; ce jour-là la vieille société aura vécu.

En réalité, nous croyons que la question doit être autre-

ment posée. Il faut en revenir aux principes du droit naturel et en tirer « les conséquences logiques et nécessaires qu'ils comportent. » Les enfants nés hors mariage ont des droits qu'ils tiennent de la nature et auxquels l'idée de famille est complètement étrangère : nous les leur accorderons tous, et nous leur refuserons les droits qui dérivent de l'idée de famille, car ils sont nés contrairement à ses lois. Leur situation sera ainsi sérieusement améliorée et elle sera logique, tandis que la famille n'aura plus de plaintes à formuler, car elle restera étrangère aux débats.

Pour maintenant, qu'il nous suffise de remarquer que la loi du 7 novembre 1907, hâtivement élaborée, insuffisamment discutée, laisse subsister intact le problème.

Après avoir ainsi examiné les idées directrices de la loi, reprenons en l'étude dans les détails, en nous inspirant de ces règles générales, mais nous ne serons point surpris si en face de certaines difficultés nous constatons notre impuissance à les résoudre.

§ 1. — *Enfants Incestueux.*

En effaçant de l'article 331 les mots « autres que ceux nés d'un commerce incestueux » la loi de 1907 consacrait une jurisprudence depuis longtemps établie. Donc, toutes les fois que deux individus parents ou alliés au degré prohibé, seront autorisés à contracter mariage, ils pourront légitimer leurs enfants nés antérieurement à leur union. La loi sur ce point assimile les enfants incestueux aux enfants naturels simples, c'est-à-dire, qu'elle exige une double condition pour la légitimation : le mariage des parents.

la reconnaissance de l'enfant soit antérieurement au mariage, soit dans l'acte même de célébration.

1° *Le mariage des parents.* — Il faut que ce mariage remplisse les conditions voulues, qu'il soit régulier. On décide généralement qu'un mariage putatif légitimerait les enfants naturels simples, il en sera de même dans notre hypothèse ; la bonne foi de l'un des époux suffirait pour faire acquérir à l'enfant la qualité de légitime. Si les deux époux étaient de mauvaise foi, leur union serait sans influence sur l'état de l'enfant et la double reconnaissance contenue dans l'acte de célébration serait frappée d'une nullité absolue, car la loi nouvelle n'admet que la reconnaissance à fin de légitimation et dans notre hypothèse la légitimation ne pouvant avoir lieu, la reconnaissance tombe d'elle-même. L'enfant sera replacé dans la situation qu'il avait antérieurement, et qu'il n'a jamais perdue. Si un seul de ses auteurs l'avait antérieurement reconnu, il serait naturel simple vis-à-vis de lui, bien qu'incestueux en fait, car le vice ne peut être établi.

La légitimation est permise alors même que les parents auraient contracté une union différente dans l'intervalle qui sépare la naissance de l'enfant et leur mariage. Leur première union étant dissoute, ils pourraient se marier et légitimer l'enfant incestueux.

2° *La Reconnaissance de l'enfant.* — Elle constitue le préliminaire indispensable de la légitimation. Si les parents se mariaient sans avoir rempli cette formalité, ils seraient dans l'impossibilité absolue de légitimer leur enfant, par la suite. D'après l'article 331 cette reconnaissance peut être faite soit dans l'acte de naissance, soit antérieurement. Or l'article 335, que le législateur a déclaré expréssément maintenir intact, prohibe toute reconnais-

sance. Il y a donc entre ces deux textes une contradiction manifeste. L'article 335 défend une reconnaissance que l'article 331 déclare indispensable. Le maintien intégral de l'article 335 aurait pour résultat de priver à tout jamais les enfants incestueux de la légitimation que leur accorde l'article 331 et l'application de l'article 331 aura pour résultat de porter atteinte à l'article 335. Nous savons que le législateur est aussi hostile à la 1re solution qu'à la 2e ; nous nous trouvons donc en présence d'un de ces conflits que nous avons annoncés. La difficulté semble inéluctable, elle peut cependant être partiellement résolue.

Cette contradiction fut entrevue par M. Groussier, il la fit remarquer à la séance de la Chambre. « Si vous ne modifiez pas l'article 335, étant donné que la reconnaissance ne peut jamais avoir lieu lorsque l'enfant est né d'un commerce adultérin et incestueux et que la légitimation ne peut être que la conséquence, non seulement du mariage des père et mère, mais aussi de la reconnaissance préalable ou au moins concomitante à ce mariage, vous n'aurez pas résolu la question. En s'en tenant aux textes, la légitimation ne sera pas plus permise demain qu'hier. » Il proposait d'apporter à l'article 335 une modification et fut appuyé par M. Beauregard. M. Violette crut résoudre toute la difficulté en déclarant : « Il y a dans le Code deux sortes de reconnaissances, celle de l'article 331 qui est la reconnaissance à fin de légitimation et celle de l'article 335 qui est la reconnaissance ordinaire. Nous donnons le droit de reconnaître les enfants, mais dans le cas de légitimation seulement et comme nous laissons subsister l'interdiction de les reconnaître en dehors du mariage, nous laissons subsister l'article 335. »

Et l'amendement fut retiré.

Admettons ce raisonnement et distinguons avec M. Violette la reconnaissance ordinaire prohibée par l'article 335 et la reconnaissance à fin de légitimation permise par l'article 331. La difficulté sera résolue, lorsque les deux auteurs reconnaîtront l'enfant dans l'acte même de celébration de leur mariage, il est certain qu'il s'agira là d'une reconnaissance à fin de légitimation, étrangère à l'article 335.

Mais l'article 331 va plus loin, il prévoit et permet une reconnaissance antérieure et la difficulté reparaît ici toute entière, les explications du rapporteur sont insuffisantes. Deux auteurs reconnaissent leur enfant incestueux dans un seul et même acte antérieurement à leur union, puis ils se marient sans renouveler leur reconnaissance dans l'acte de mariage ; ou bien un seul auteur reconnaît l'enfant antérieurement au mariage tandis que l'autre auteur le reconnaît dans l'acte même de célébration. Quelle sera la situation de l'enfant ? Sera-t-il légitimé ? oui, si la reconnaissance antérieure au mariage est valable, ainsi que nous le dit l'art. 331, non, si cette reconnaissance est nulle aux termes de l'article 335.

Par conséquent, la question est de savoir, quelle est la valeur d'une reconnaissance antérieure au mariage depuis la loi de 1907. Les explications de M. Violette ne résolvent pas la question, elles ne font que reculer la difficulté. En effet cette reconnaissance sera valable et l'enfant légitimé si elle a été faite à fin de légitimation, elle sera nulle et la situation de l'enfant ne sera pas modifiée si elle n'a pas été faite à fin de légitimation. Par conséquent, lorsqu'une reconnaissance aura lieu, à quel signe reconnaîtrons-nous s'il s'agit d'une reconnaissance ordinaire ou d'une reconnaissance à fin de légitimation ? Comment l'officier

public les distinguera-t-il ? La question est d'une extrême importance, s'il s'agit d'une reconnaissance ordinaire-il ne pourra la recevoir sans violer formellement l'article 335, la reçoit-il pour une raison quelconque, elle est nulle d'une nullité absolue et d'ordre public ; s'agit-il au contraire d'une reconnaissance à fin de légitimation il sera tenu d'y procéder et elle sera parfaitement valable.

Il est donc du plus haut intérêt de les distinguer l'une de l'autre ; or, cette difficulté capitale a échappé au législateur qui n'a donné aucune solution ; il était d'ailleurs dans l'impossibilité d'en donner une, car on ne peut savoir quel est le but poursuivi par celui qui offre de reconnaître un enfant, il faudrait pour cela prévoir l'avenir et sonder les intentions. Et alors la loi met l'officier public dans une situation absurde ; quel que soit son parti, il est toujours susceptible de violer la loi, car la validité de l'acte dépend d'un événement futur et incertain. Il ne pourra pas recevoir la reconnaissance, car il peut s'agir d'une reconnaissance ordinaire, il ne peut pas la refuser, car elle peut être à fin de légitimation.

Donc, nous allons décider qu'il devra toujours recevoir la reconnaissance et qu'elle ne produira ses effets que si le mariage a lieu ; ce serait en quelque sorte une reconnaissance sous condition suspensive.

La difficulté est encore reculée mais elle subsiste entière. Si l'officier public a reçu une reconnaissance ordinaire, sa nullité, avons-nous vu, sera d'ordre public et tout intéressé pourra s'en prévaloir, quelle sera donc l'attitude du tribunal saisi d'une demande en nullité d'une reconnaissance ? La question est toujours la même, il devra l'annuler s'il s'agit d'une reconnaissance ordinaire la maintenir dans le cas contraire. S'il l'annule il aura

violé l'article 331, si plus tard les parents régularisent leur situation et la question se posera de savoir quelle sera la situation de l'enfant si les parents ne renouvellent pas la reconnaissance dans l'acte de mariage ; s'il maintient la reconnaissance, il aura violé l'article 335, si le mariage des parents n'a pas lieu et la question se posera de savoir quelle sera la situation du demandeur dont les intérêts auront été sacrifiés. Il ne pourra donc ni annuler, ni valider c'est-à-dire qu'il ne devra pas statuer, mais alors il commettra un déni de justice. Voilà dans quelle situation le tribunal et l'officier public seront placés en face d'une reconnaissance d'un enfant incestueux.

On pourrait proposer une solution intermédiaire : l'officier public recevra et le tribunal maintiendra toute reconnaissance qui *paraîtra avoir pour but la légitimation*. Les parties devront alors remplir certaines conditions qui démontreront d'une façon suffisante que la légitimation ultérieure sera certaine. L'officier public, en effet, qui le plus souvent ne connaîtra pas les parties ne pourra fonder la certitude morale qu'on exige de lui que sur des faits précis. Les deux auteurs de l'enfant devront le reconnaître dans un seul et même acte et ils devront être au moment de la reconnaissance, dans les conditions voulues pour contracter mariage.

a) Le père et la mère devront reconnaître l'enfant dans un seul et même acte. La reconnaissance étant faite en vue de la légitimation, elle suppose nécessairement un mariage subséquent entre les parents, et cette présomption de mariage n'aura quelque valeur que si elle résulte de l'acte de reconnaissance lui-même. En effet, si un seul auteur offrait de reconnaître l'enfant, l'autre auteur resterait légalement inconnu et l'acte ne révélerait pas la pré-

somption de mariage qui est la seule raison d'être de la reconnaissance. Cette reconnaissance unilatérale vaudrait bien comme reconnaissance d'enfant naturel simple puisque le vice d'inceste n'apparaît pas, mais elle ne pourrait être utilisée au jour du mariage ; en effet, à ce jour le vice d'inceste apparaît par suite du concours de la reconnaissance de l'autre auteur et sa nullité antérieure en résulterait. Or une reconnaissance nulle dans son principe ne saurait être utilisée pour légitimer un enfant.

Cette solution aurait donc pour premier résultat de faire disparaître la reconnaissance unilatérale à fin de légitimation.

b) Les parents qui feront cette reconnaissance devront à ce jour remplir toutes les conditions voulues pour contracter mariage. Ils reconnaissent en vue d'un mariage subséquent, il faut de toute nécessité que ce mariage soit possible, sinon quelle valeur aurait cette présomption de mariage, seule raison d'être de leur reconnaissance ?

Voilà quelles circonstances permettront à l'officier public de savoir que la reconnaissance est faite en vue de la légitimation et qu'elle rentre par conséquent dans les termes de l'article 331. Cette solution est illégale, de plus elle tourne la difficulté mais ne la résout pas.

Tout d'abord elle entoure nécessairement la reconnaissance antérieure de conditions restrictives que l'article 331 n'impose pas et qui sont contraires à l'esprit de largeur qu'il faut apporter dans son interprétation. Mais supposons que, par suite d'une circonstance quelconque, les parents ne réalisent pas l'union projetée, la reconnaissance sera-t-elle valable en dehors de toute légitimation ? Non, car elle reste formellement interdite, malgré la loi nouvelle et elle ne peut produire ses effets qu'à la condition

essentielle d'être jointe à un mariage. Sera-t-elle nulle ? Non, car elle est faite à fin de légitimation et elle peut produire ses effets jusqu'au décès de l'une des parties. Et alors quelle sera l'attitude du tribunal en face d'un intéressé qui en demande la nullité ? C'est toujours la même question que nous voyons reparaître sous une forme différente et elle nous paraît insoluble.

En face d'une reconnaissanee antérieure au mariage, on est infailliblement amené à porter atteinte à l'un des principes que nous avons énoncés au début de cette étude, ou bien nous permettrons cette reconnaissance et nous respecterons l'article 331 dans son esprit et dans ses termes, mais nous porterons atteinte à l'article 335 ; ou bien nous la défendrons, l'article 335 restera intact selon la volonté du législateur, mais l'article 331 sera violé. Quelle que soit d'ailleurs notre solution, nous tomberons chaque fois dans des difficultés inextricables. Il y a donc une opposition très nette entre ces deux textes et le législateur de 1907 a manqué son but, car il ne concilie pas dans notre hypothèse les deux principes fondamentaux dont la loi dérive.

Est-ce à dire que la question est insoluble en législation ? Nullement, le législateur de 1907 n'avait qu'à se rallier au système suivi en jurisprudence. Lorsque, au mépris de la loi, la jurisprudence autorisait la légitimation des incestueux, elle exigeait que la reconnaissance de l'enfant fut consignée dans l'acte de mariage des parents et elle évitait aussi les difficultés que soulève la loi nouvelle. La loi a voulu se montrer plus libérale, en autorisant la reconnaissance antérieure à fin de légitimation, en assimilant complètement les incestueux aux naturels simples. Mais elle oubliait que la reconnaissance des en-

fants naturels simples est permise et qu'une reconnaissance antérieure à l'acte de mariage peut bien fort être utilisée puisqu'elle est valable ; tandis que la reconnaissance des enfants incestueux restant prohibée, il est impossible de faire produire des effets à une reconnaissance antérieure au mariage ; quoiqu'il en soit, les parents auront intérêt à renouveler dans l'acte de mariage la reconnaissance de leurs enfants incestueux, ils éviteront ainsi les pires difficultés.

Si le législateur veut, malgré tout, autoriser une reconnaissance à fin de légitimation antérieure au mariage des parents, il doit revenir sur la loi de 1907, autoriser cette légitimation en l'entourant de sérieuses garanties. Mais pour éviter les difficultés insolubles, il faudra que cette reconnaissance ait par elle-même une valeur, qu'elle conserverait alors même que pour une raison quelconque le mariage des parents deviendrait impossible. En un mot il faudrait que cette reconnaisance à fin de légitimation emporte par elle-même la légitimation de l'enfant. Cette dernière solution serait éminemment dangeureuse pour l'organisation de la famille, car elle serait le préliminaire de la reconnaissance pure et simple, dont elle ne serait séparée que par un pas ; or la reconnaissance pure et simple est elle-même le prélude de l'Union libre.

Aussi nous n'hésitons pas à nous rallier au système antérieurement suivi par la jurisprudence et à considérer comme nulle et sans valeur toute reconnaissance d'enfant incestueux faite en dehors de l'acte de mariage des parents.

§ 2. — *Enfants adultérins.*

En usant de quelque prudence, les parents pourront toujours légitimer par leur mariage leurs enfants incestueux. Le législateur ne s'est pas montré aussi bienveillant pour les enfants adultérins. Toujours dans le but de ne porter aucune atteinte à la famille légitime, il a limité les cas où la légitimation est accordée et ces cas sont au nombre de deux :

1^er^ *Cas. — Tout enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari pourra être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice.*

Une femme mariée entretient des relations avec un amant dont elle a un enfant. Cet enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, il est donc légitime. La reconnaissance que pourrait en faire son véritable père serait dénuée de toute valeur, car il ne lui appartient pas de faire tomber la présomption de paternité. Si le mari intente l'action en divorce sans désavouer l'enfant, le divorce serait-il prononcé pour cause d'adultère, le nom du complice de la femme serait-il mentionné dans le jugement, le mariage de la femme avec son complice ne permettra pas la légitimation de l'enfant qui reste légitime du premier mari. Cette situation pourra se retourner contre l'enfant, le mari, en effet, par haine de l'enfant adultérin pourra continuer à assumer cette paternité, surtout s'il est sans fortune et privera ainsi l'enfant de sa véritable famille. Nul ne peut l'obliger à intenter l'action, serait-il pour cela dans les circonstances les plus favorables. D'ailleurs le plus souvent il ne sera pas dans

les conditions voulues pour exercer le désaveu et se verra dans l'obligation d'assumer une paternité qu'il sait pertinemment ne pas être sienne. Au premier abord cependant les motifs de la loi semblent faire défaut. Le désaveu est étroitement limité parce qu'il a pour résultat de donner à l'enfant le caractère d'adultérin, le législateur a pensé qu'il vaut mieux infliger à un homme marié une paternité aléatoire, mais possible malgré tout, plutôt que d'imprimer à l'enfant un caractère odieux. Or, dans notre hypothèse l'enfant ne conserverait pas cette tare, puisque le divorce lui permettrait d'acquérir la légitimité dans une autre famille, la sienne vraisemblablement.

Cette constatation sera assez forte pour nous permettre d'interpréter largement le mot *désaveu* de l'article 331, mais elle n'est pas suffisante pour faire échec à la présomption de l'article 312, § 1, car l'intérêt de l'enfant n'est pas la principale raison d'être de cette règle. MM. Violette et Steeg ont formellement déclaré qu'ils ne voulaient porter aucune atteinte à l'article 312, § 1, et avec raison d'ailleurs, car on ne pourrait y toucher sans briser la constitution de la famille. Par conséquent, nous interpréterons largement le mot désaveu de l'article 331, § 3, tout en laissant à l'article 312, § 1 toute sa force ; l'esprit de la loi de 1907 sera ainsi respecté dans sa double volonté.

L'emploi du mot *désaveu* est dans notre matière fortement critiquable car il ne représente nullement la pensée du législateur. Dans la langue juridique ce mot a un sens très précis, il implique la réalisation de conditions déterminées et l'action n'est donnée au mari que dans des cas étroitement limités. Si la nouvelle loi avait conservé au désaveu son sens traditionnel, le cas de légitimation prévu par l'article 331, § 3 serait d'une application rare. Les tri-

bunaux n'admettent l'action que difficilement et elle doit être intentée dans des conditions bien favorables pour avoir quelque chance de succès. Aussi croyons-nous que ce mot est employé dans un sens large et qu'il y aura désaveu, toutes les fois que le mari aura rejeté la présomption de paternité. Tout enfant né d'une femme mariée et qui échappe à la présomption *Pater is est* sera un enfant désavoué et légitimable.

Par conséquent, si un enfant inscrit sous de faux noms ou comme né de père et de mère inconnus, recherche en justice une maternité légitime chez une femme mariée, le mari pourra contester la légitimité de l'enfant ; s'il réussit, l'enfant sera adultérin et légitimable. L'action en contestation de légitimité, est, nous l'avons vu, beaucoup plus large que l'action en désaveu, il suffira au mari d'établir d'une manière quelconque qu'il n'est pas le père de l'enfant, et la mère, son mariage dissous, pourra, par une union avec son complice, légitimer cet enfant. Donc le désaveu dont parle l'article 331, p. 3, comprend également l'action en contestation de légitimité.

Cette remarque n'est pas inutile car il y a entre les deux actions des différences telles qu'il serait difficile de les assimiler dans notre hypothèse si l'on s'en tenait aux termes de l'article 331, § 3 sans tenir compte de son esprit.

Toujours dans le même ordre d'idées nous relèverons dans ce § 3 une deuxième inexactitude. L'enfant devra être désavoué *par le mari* pour bénéficier de la légitimation, nous dit le texte. Or, l'article 317 nous dit que les héritiers du mari pourront engager l'instance, si celui-ci meurt avant l'expiration des délais utiles et sans avoir renoncé à son action. Ils pourront également poursuivre l'instance engagée par lui et encore pendante. Bien mieux

si l'enfant intente une action en recherche de maternité légitime, toute personne ayant un intérêt né et actuel pourra contester la légitimité de l'enfant et le faire déclarer adultérin ; ce n'est pas seulement le mari qui aura l'exercice de l'action, mais encore ses parents et les parents de la mère.

L'enfant devenu adultérin par suite du succès de l'action intentée par ces diverses personnes, bénéficiera-t-il de la légitimation par le mariage subséquent de la mère avec son complice ? Non, si nous nous en tenons aux termes de la loi, car elle exige que l'action soit exercée par le mari. Et cependant, tenant compte de l'esprit du législateur, nous permettrons la légitimation. En ne parlant que de l'action exercée par le mari, la loi a statué : *De eo quod*..... mais elle comprend toutes les hypothèses où la présomption de paternité est rejetée d'une manière quelconque. Cette solution donne à la loi toute l'extension qu'elle comporte sans toucher au Code civil, elle nous paraît donc devoir être admise.

Et cependant elle ne va pas sans difficultés. Si le mari ou l'ensemble de ses héritiers repoussent l'enfant, la décision revêtira un caractère absolu, son autorité s'imposera à tous, car le débat sera intervenu entre toutes les personnes appelées par la loi à jouer le rôle de demandeur et de défendeur. L'enfant sera adultérin pour tout le monde et la légitimation pourra changer son état sans inconvénient. Mais si l'action n'est intentée que par quelques-uns des héritiers, l'enfant sera adultérin vis-à-vis d'eux, mais restera légitime à l'encontre de ceux qui n'ont point été parties au procès et cela en vertu de la règle : *Res inter alios*.... Si nous permettons la légitimation, nous créons une situation inextricable car l'enfant sera en partie légi-

time dans la famille du premier mari de sa mère et légitimé dans la 2e famille, ce qui est inadmissible. Si nous lui refusons la légitimation nous ne respecterons pas la volonté de la loi. Dans le silence des textes nous laisserons aux tribunaux le soin de décider. « Il est bien entendu que la loi nouvelle ne doit pas se retourner contre eux » nous dit M. Violette. Selon l'intérêt de l'enfant les tribunaux le déclareront légitime dans la deuxième famille ou dans la première. Cependant pour éviter toute contestation, il sera préférable de mettre en cause tous ceux qui ont qualité pour intervenir aux débats.

L'enfant ainsi désavoué sera adultérin ; si le mariage de sa mère vient à se dissoudre, l'union entre son père et sa mère permettra de le légitimer et nous retombons ainsi dans les conditions que nous avons examinées à propos des enfants incestueux : le mariage entre son père et sa mère devra être régulier et l'enfant reconnu par le père, car le désaveu n'établit la filiation que vis-à-vis de la mère. Cette reconnaissance sera valable, si elle est faite dans l'acte de mariage, mais elle peut être faite antérieurement : si elle avait eu lieu alors que la mère était encore engagée dans les liens du précédent mariage, cette reconnaissance serait évidemment nulle et devrait être renouvelée, mais si elle a été postérieure à la dissolution de la première union, elle peut avoir été faite à fin de légitimation et le conflit entre l'article 331 et l'article 335 reparaît, toujours insoluble.

Cas particuliers. — 1° Une femme mariée entretient des relations avec un amant dont elle a un enfant ; elle cache à son mari sa grossesse et son accouchement et fait inscrire l'enfant sous son nom de fille. Le mari ignorant l'existence de l'enfant ne le désavoue pas et celui-ci sera

légitime. En effet, il suffira de comparer la date de la naissance avec celle de l'acte de mariage, pour s'apercevoir qu'il a été conçu pendant le mariage. Le divorce étant prononcé, la mère épouse son complice et tous les deux reconnaissent l'enfant dans leur acte de mariage. Le premier mari connaît alors l'existence de l'enfant, s'il ne le désavoue pas, l'enfant restera son fils légitime et la reconnaissance dont il a été l'objet dans le deuxième mariage sera sans valeur. Si le premier mari désavoue, l'enfant sera considéré comme légitimé par le deuxième mariage. Le jugement de désaveu est, en effet, déclaratif et non constitutif d'état, l'enfant sera donc regardé comme adultérin depuis sa conception et la légitimation dont il a été l'objet est valable.

2° Une femme mariée entretient des relations avec un amant dont elle a un enfant, elle le fait inscrire sous de faux noms ou comme né de père et de mère inconnus. Puis son premier mariage étant rompu, la mère épouse son complice et tous les deux reconnaissent l'enfant dans leur acte de mariage.

Tout intéressé pourra rejeter la paternité du premier mari : l'enfant sera adultérin et légitimé. Lui-même pourra agir en réclamation d'état contre le premier mari de sa mère et échouer dans son action : il sera adultérin et légitimé ; s'il réussit il sera légitime du premier mari et la reconnaissance dont il a été l'objet de la part du second tombera.

Le plus souvent personne n'agira, l'enfant jouira alors en fait de la légitimité dans le deuxième mariage, mais tout intéressé pourra lui contester cette qualité. Il en sera alors réduit à agir en réclamation d'état pour faire fixer définitivement sa filiation.

2e *Cas. — Pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère dans l'acte même de célébration, ceux qui seront nés plus de trois cents jours après l'ordonnance du Président du Tribunal prévue par l'article 878 du Code de procédure civile intervenant entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens du mariage et son conjoint, lorsque cette procédure aura abouti à la séparation de corps ou au divorce ou aura été interrompue par le décès de l'autre conjoint.*

La simple lecture de ce texte nous indique que la légitimation de l'enfant adultérin non désavoué ne sera possible que si l'enfant vient au monde dans une certaine période. La loi nous fixe le point de départ et le terme de cette période favorable pour l'enfant. Nous allons essayer de dégager les règles générales qui résultent de cette détermination précise et les injustices qu'elle fait naître. Nous constaterons aussi que ce texte est le siège de difficultés inextricables, car il réagit sur des articles en vigueur que la loi ne veut ni abroger ni même restreindre.

Pour mettre de l'ordre et de la clarté dans l'étude de ce texte compliqué nous diviserons nos explications en 4 paragraphes. Dans un paragraphe premier nous verrons quel est le point de départ du délai, les règles générales qui le régissent et l'injustice à laquelle il aboutit ; dans le paragraphe deuxième nous verrons quel est le terme du délai, les règles générales qui le régissent et l'injustice à laquelle il aboutit ; dans un paragraphe troisième nous essayerons d'expliquer le conflit qui s'élève entre l'article 331, § 2 et l'article 313, § 2. Enfin dans un paragraphe quatrième nous résumerons les explications déjà données en examinant les hypothèses pratiques qui résultent de l'article 331, § 2.

A) *Point de départ de la période favorable.* — Cette période, au cours de laquelle l'enfant adultérin devra naître pour bénéficier d'une légitimation ultérieure, commence au trois cent unième jour qui suit l'ordonnance prévue par l'article 878 du Code de procédure civile. Tout enfant antérieurement né ne saurait être légitimé ; s'il naissait, en effet, d'une femme en instance des éparation ou de divorce il serait légitime du mari de cette femme et le deuxième mariage ne le ferait bénéficier de la légitimation que s'il était désavoué par le premier mari, en vertu du § 3 de l'article 331 ; s'il naissait d'un homme marié en instance et d'une femme libre il serait adultérin de fait, mais naturel simple vis-à-vis de sa mère puisque le vice d'adultérinité ne peut être établi, mais il ne saurait en aucun cas aspirer à une situation meilleure, alors même que la filiation serait établie malgré la volonté de la loi.

Mais au trois cent unième jour commence une période favorable pour l'enfant venu au monde à ce moment-là ; il sera légitimable, que le vice d'adultérinité provienne du père ou qu'il provienne de la mère et dans ce dernier cas il n'est pas nécessaire que l'enfant soit désavoué par le mari.

Cette ordonnance joue donc un rôle considérable puisqu'elle sert de point de départ à un délai dont le sort de l'enfant va dépendre. Quelle est donc cette ordonnance et pourquoi fait-elle courir un délai de trois cents jours ?

Lorsqu'un individu demande la séparation de corps ou le divorce ; le Président du Tribunal convoque les époux et tente de les concilier ; s'il n'y parvient pas, il rend une ordonnance permettant de citer et autorisant les époux à résider séparément. Les époux sont, dès lors, relevés du devoir de cohabitation que leur impose l'article 214 du

Code civil. La gravité des relations coupables qu'ils peuvent entretenir doit être moins sévèrement appréciée, puisque la loi elle-même sans les délier du devoir de fidélité en autorise en quelque sorte le relâchement en enlevant aux époux ce moyen de contrôle réciproque qu'est la cohabitation forcée. Il fallait donc se montrer moins sévère pour le fruit de cet adultère dont la loi est en partie responsable, puisque la durée de l'instance retarde le momet où les époux seront admis à contracter une nouvelle union. La loi devait permettre la réhabilitation de l'enfant conçu dans cet intervalle qu'elle impose.

S'il est bon d'autoriser la légitimation de l'enfant conçu pendant l'instance, il ne fallait pas cependant faire bénéficier de la loi l'enfant adultérin conçu antérieurement. C'eut été permettre indirectement la polygamie que d'autoriser la légitimation d'un enfant conçu avant l'ordonnance c'est-à-dire à une époque où les époux n'étaient point déliés de l'obligation de cohabiter. Or, la durée de la gestation est variable ; lorsque l'enfant naîtra plus de trois cents jours après l'ordonnance il est certain qu'il aura été conçu au moment où les époux ne cohabitaient plus.

Ce délai se comptera de *die ad diem* (par 24 heures de minuit à minuit) et non de *momento ad momentum*, le jour où l'ordonnance est rendue ne compte pas. Il faudra donc qu'il se soit écoulé 299 jours pleins, à partir du minuit qui suivra l'ordonnance, plus le jour de la naissance qui appartient tout entier à l'enfant et qui complètera les 300 jours. Voici un exemple : l'ordonnance est rendue le 1^er^ mars, l'enfant devra naître au plus tôt le 26 décembre pour bénéficier de la légitimation, s'il naissait le 25 décembre le mariage ultérieur de ses parents ne permettrait pas sa légitimation, car il n'y aurait que 299 jours y com-

pris le jour de la naissance entre l'ordonnance et la naissance.

Telle est la règle : elle se comprend lorsque le vice d'adultérinité provient de la mère, mais lorsque le vice provient du père, la longueur de ce délai ne se comprend plus et les résultats qu'il amène sont déplorables. Une étude des deux situations nous permettra d'en juger.

a) Lorsque l'enfant naît d'une femme mariée en instance de séparation ou de divorce, il était nécessaire de prendre de minutieuses précautions pour éviter une confusion de part. L'enfant né avant 180e jour qui suit l'ordonnance appartient certainement au premier mari, il a été conçu avant l'instance, alors que les époux étaient tenus de cohabiter et il est couvert par la présomption de paternité ; s'il est né plus de 300 jours après l'ordonnance il a été conçu au moment où les époux ne cohabitaient plus et il peut être légitimé. Devait-on autoriser la légitimation de l'enfant né entre le 180e et 300e jour après l'ordonnance ? en aucune façon ; cet enfant peut appartenir au premier mari puisqu'il est né moins de 300 jours après que le mari a été autorisé à quitter sa femme, il peut aussi appartenir au second mari puisqu'il est né plus de 180 jours après l'ordonnance. Il ne fallait donc pas permettre la légitimation d'un enfant qui peut être légitime.

Le premier mari se prononcera donc sur sa paternité : s'il ne dit rien, c'est qu'il considère l'enfant comme sien et personne ne pourra changer sa condition ; s'il désavoue l'enfant, nous retombons dans le § 3 de l'article 331 et la légitimation sera permise en vertu de ce texte.

b) *Une injustice.* — Lorsque l'enfant est né d'un homme marié en instance de séparation ou de divorce et d'une femme libre, la longueur de ce délai ne se comprend

plus. Pourquoi, en effet, exiger que 300 jours aient séparé la naissance de l'enfant de l'ordonnance ? Il n'y a plus à craindre de confusion de part ; la seule chose qu'il faut éviter, c'est de permettre la légitimation d'un enfant conçu avant l'ordonnance, c'est-à-dire à une époque où les époux étaient tenus de cohabiter et cela pour ne pas donner une prime à la polygamie. Mais pour obtenir ce résultat, il n'était pas nécessaire d'imposer un délai de 300 jours, il suffisait de faire appel aux règles générales de la filiation. La naissance varie entre le 180e et le 300e jour qui suit la conception, donc, un enfant né plus de 180 jours après l'ordonnance est considéré par la loi comme conçu après l'ordonnance, il eut été conformé à l'esprit de la loi d'autoriser sa légitimation puisqu'il a été conçu à une époque où le père n'était plus tenu de cohabiter avec sa femme. En exigeant qu'il soit né plus de 300 jours après l'ordonnance, le législateur de 1907 établit une règle exceptionnelle et fait, sans raison, échec aux présomptions établies par le Code civil.

Cette exigence ne se conçoit donc pas ; de plus elle entre en conflit avec les présomptions du Code, au cas où le mariage du père se dissout, en cours d'instance, par le décès de sa femme. Supposons l'ordonnance rendue le 1er mars, la femme meurt le 1er avril et le mari contracte un nouveau mariage le 1er mai, car aucun délai ne lui est imparti pour se remarier et il a un enfant le 31 octobre. Cet enfant est donc né moins de 300 jours après l'ordonnance et plus de 180 jours après le mariage. L'article 331, § 2, le déclare adultérin et ne permet pas sa légitimation, car il le considère comme conçu au cours du premier mariage puisqu'il est né moins de 300 jours après l'ordonnance. L'article 314, au contraire, le déclare légitime du deuxième

mariage, car il est né plus de 180 jours après la célébration de l'union. Il y a donc entre ces deux textes un conflit produit par la règle nouvelle et dérivant d'une confusion. Le législateur englobe à tort dans le même délai l'enfant dont le vice d'adultérinité provient de la mère et celui dont le vice provient du père. Remarquons, en effet, que la même question ne se poserait pas si nous supposions l'hypothèse inverse. L'instance étant interrompue par la mort du mari, la femme devra attendre l'expiration d'un délai de 300 jours depuis l'ordonnance avant de contracter une nouvelle union.

En face de ces deux présomptions, il est naturel que nous déclarions l'enfant légitime du deuxième mariage ; cette solution est conforme aux textes du Code civil et à l'esprit de la loi de 1907 ; malgré les apparences, en effet, cette loi n'a certainement pas voulu faire déclarer adultérin un enfant que le Code regarde comme légitime, car il est bien entendu que la loi nouvelle ne doit pas se retourner contre ces enfants.

En somme ce conflit de textes n'a qu'une importance secondaire, mais l'injustice de la règle conduit à des résultats beaucoup plus déplorables. Voici un individu en instance de séparation ou de divorce qui a deux enfants adultérins d'une femme libre. Tous les deux naissent plus de 180 jours après l'ordonnance mais l'un naît moins de 300 jours après l'ordonnance et l'autre plus de 300 jours après. Ils sont nés tous les deux à une époque où le père n'était plus tenu de cohabiter avec sa femme, c'est-à-dire, à une époque où la loi excuse ses relations coupables. Malgré cela, la loi de 1907 établit entre ces deux enfants une différence que rien ne justifie, le second bénéficiera de la légitimation tandis que le premier restera

adultérin ; à l'un tous les avantages, à l'autre toutes les tares.

M. Violette a compris toute l'injustice de cette décision et il généralise l'hypothèse. « Avec le texte du Sénat, on arrive à des conséquences vraiment terribles. Voici une situation qui se présente très souvent, de nombreuses lettres l'attestent. Un homme est séparé de fait de sa femme légitime soit pour cause du brusque départ de cette dernière soit pour toute autre cause. Il noue des relations avec une autre femme et plusieurs enfants naissent. La femme légitime finit par se décider à demander le divorce et l'obtient. Le père en se remariant avec sa maîtresse veut légitimer ses enfants ; or, à cause de la date de l'ordonnance il ne pourra le faire que pour quelques-uns ; les autres sont exclus à tout jamais du bénéfice de la loi. Pourtant quelle différence y a-t-il entre ces différents enfants ? Il sont bien frères et sœurs nés dans des conditions identiques, pourquoi briser et disloquer ainsi cette famille de façon arbitraire ?

Voici ce qu'écrit à ce sujet l'un de ces pères de famille : on en référa au maire qui en référa au Parquet. On me demanda des pièces de procédure, puis après examen on me déclara que la légitimation des deux derniers enfants était possible, mais qu'à l'égard du premier elle n'était pas possible parce que sa naissance était antérieure à l'ordonnance, du moins, antérieure aux 300 jours. Donc, voilà une loi que j'appelais de tous mes vœux et combien comme moi, qui au lieu d'être un bienfait pour mes enfants ne ferait qu'apporter une terrible aggravation à la situation du premier, si elle devait être interprétée ainsi. Il restera, lui seul, le paria, l'enfant adultérin, il ne me sera même pas permis de lui léguer la quotité disponible.

Il sera dans la famille moins qu'un étranger. Est-ce possible que telle ait été la pensée du législateur ?

Le législateur n'a pu avoir une telle pensée, mais c'est tout de même à ce résultat monstrueux qu'aboutit le texte du Sénat.. (1) »

En résumé, l'enfant ne sera légitimable que s'il vient au monde plus de 300 jours après l'ordonnance.

Cette règle est parfaitement logique lorsqu'elle s'applique à l'enfant né d'une femme mariée en instance de séparation ou de divorce, car elle a pour but d'éviter une confusion de part ; mais elle devient inexplicable lorsque le vice d'adultérinité provient du père ; dans ce cas il fallait admettre tout au moins la légitimation d'un enfant né plus de 180 jours après l'ordonnance. Le législateur a eu le tort d'identifier dans un même texte deux situations fort différentes et l'analyse nous révèle les inconvénients de cette méthode.

B) *Terme de la période favorable.* — Pour que l'enfant adultérin soit légitimable, il faut encore que l'instance au cours de laquelle il est né aboutisse soit à la séparation de corps, soit au divorce ou encore qu'elle se termine par la mort de l'autre conjoint. Si donc, les époux se réconcilient ou si la demande est rejetée, l'enfant ne pourra bénéficier de la légitimation alors même que le mariage serait postérieurement dissous.

1° *L'instance aboutit au divorce.* — Le divorce n'est acquis que par la transcription sur les registres de l'état civil, conformément à l'article 251 du Code civil. Si donc l'enfant naît plus de 300 jours après l'ordonnance et moins de 180 jours après la transcription, il sera considéré comme conçu avant la transcription c'est-à-dire à

(1) *J. Off., Doc. Parl.*, Chambre, 19 mars 1908, p. 294.

un moment où le premier mariage existait encore, il sera adultérin et légitimable. S'il naît moins de 180 jours après la transcription et moins de 300 jours après l'ordonnance, il sera légitime du premier mari, s'il est né d'une femme mariée et adultérin sans pouvoir être légitimé, s'il est né d'un homme marié en instance et d'une femme libre. Si enfin il naît plus de 180 jours après la transcription, il sera naturel simple, car il a été conçu après la dissolution du mariage et la loi de 1907 ne le concerne pas.

2° *L'instance aboutit à la séparation de corps.* — Il suffit que l'enfant naisse plus de 300 jours après l'ordonnance pour qu'il soit légitimable ; peu importe que la naissance soit antérieure ou postérieure au 180e jour qui suit le prononcé du jugement. C'est dire assez que l'enfant conçu pendant l'existence de la séparation de corps sera adultérin mais que l'auteur pourra le légitimer par une union postérieure avec son complice, le mariage étant d'ailleurs dissous, soit par une conversion du jugement de séparation en jugement de divorce, soit par décès du conjoint. Cette hypothèse a été spécialement prévue par M. Chaumié rapporteur de la loi au Sénat qui s'explique en ces termes sur le sort de l'enfant : « né de relations intervenues entre un homme et une femme dont l'un était engagé dans les liens du mariage, liens non encore juridiquement rompus, mais relachés cependant *soit par une séparation de corps*, soit par la procédure souvent très longue d'une instance en divorce. Les liens venant enfin à être brisés soit par le divorce, soit par le décès de l'autre conjoint, il est juste de permettre à cet homme et à cette femme qui, désormais vont pouvoir se marier, de légitimer cet enfant, il serait inhumain de le leur interdire » (1).

(1) *J. Off., Doc. Parl.*, Sénat, 23 octobre 1907.

3° *L'instance est interrompue par le décès de l'autre conjoint.* — Les solutions sont différentes selon que c'est la femme ou le mari qui vient à mourir.

a) Un mari entretient des relations coupables au cours de l'instance et sa femme vient à décéder. Si l'enfant naît plus de 180 jours après le décès, sa conception se placera après la dissolution du mariage et il aura la qualité de naturel simple. S'il naît moins de 180 jours après le décès de la femme et plus de 300 jours après l'ordonnance, conçu pendant la période favorable il sera adultérin et légitimable. Mais, s'il vient au monde moins de 180 jours après le décès de la femme et moins de 300 jours après l'ordonnance, il sera adultérin sans pouvoir bénéficier de la légitimation, car la 1re condition exigée par l'article 331, § 2 fait défaut.

b) Pendant l'instance une femme entretient des relations coupables et son mari vient à décéder avant la fin de la procédure. L'enfant né moins de 180 jours après le décès du mari et moins de 300 jours après l'ordonnance sera légitime du mari ; s'il naît moins de 180 jours après le décès du mari mais plus de 309 jours après l'ordonnance, il sera adultérin mais légitimable. Si, enfin, il naît plus de 180 jours après le décès du mari et plus de 300 jours après l'ordonnance il sera naturel simple ; mais s'il naît plus de 180 jours après le décès du mari et moins de 300 jours après l'ordonnance, quelle sera sa situation ? Nous croyons qu'il sera adultérin et légitimable, mais cette solution est le siège d'une grosse controverse, car l'article 313, § 2 déclare ce même enfant légitime.

4° *L'instance est rejetée.* — Si l'enfant vient au monde plus de 300 jours après le rejet de la demande, il a été conçu à un moment où les époux étaient tenus de re-

prendre la vie commune, il sera donc légitime si le vice d'adultérinité provient de la mère, car la présomption de paternité du mari le couvre, s'il naît d'un homme marié et d'une femme libre, il sera adultérin de fait, mais naturel simple vis-à-vis de sa mère, sans pouvoir être légitimé. C'est la règle générale.

S'il est né plus de 300 jours après l'ordonnance et moins de 300 jours après le rejet de la demande, il sera légitime du mari, sauf désaveu, si le vice d'adultérinité provient de la mère ; mais il sera adultérin sans pouvoir être légitimé, si le vice provient du père, alors même que son union étant ensuite rompue, le père contracterait mariage avec sa complice. En effet, la première condition exigée par l'article 331 § 2 serait bien réalisée mais la deuxième ferait défaut, car l'instance n'a pas abouti. Il ne serait pas légitimable si le conjoint venait à décéder après les délais d'opposition, d'appel et de pourvoi en cassation.

Le conjoint peut décéder après le rejet de la demande et pendant le cours des délais, quelle va être la situation de l'enfant né moins de 180 jours après le décès? Si le conjoint, avant de mourir, avait intenté une de ces voies de recours, l'enfant sera légitimable, car le conjoint est décédé au cours de la procédure que le rejet de la demande n'a pas clôturée. Mais si le conjoint meurt au cours des délais, sans avoir intenté une voie de recours, faudra-t-il décider que le jugement de rejet ayant clos la procédure l'enfant ne pourra être légitimé, la deuxième condition de l'article 331 p. 2 n'étant pas réalisée ; ou bien, faudra-t-il permettre la légitimation en considérant que seule l'expiration des délais termine la procédure et que la mort du conjoint pendant ces délais est survenue en cours d'instance? La question est délicate ; peut-être le conjoint ne voulait-il

pas user de ces voies de recours, et permettre la légitimation sera faire produire aux délais une conséquence qu'ils n'auraient pas comportée ; d'un autre côté, pendant les délais, la reprise de la vie commune n'est pas obligatoire pour les époux et défendre la légitimation serait aller à l'encontre de la loi. Nous croyons qu'il faut autoriser la légitimation de l'enfant né au cours des délais d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation, car le divorce n'est acquis que par la transcription sur les registres de l'état civil et la demande ne doit pas être considérée comme rejetée avant l'expiration des délais.

Le terme de la période favorable étant ainsi établi, nous savons dans quel délai devra naître l'enfant pour bénéficier de légitimation ; il devra naître plus de 300 jours après l'ordonnance, à la condition que la demande aboutisse ou que l'instance soit interrompue par le décès de l'autre conjoint. Nous allons cependant nous rendre compte que cette deuxième condition imposée pour la légitimation de l'enfant contient une injustice aussi monstrueuse que celle que nous avons signalée dans l'étude de la première condition, et provenant de la même confusion opérée par le législateur entre l'enfant dont le vice d'adultérinité provient du père et celui dont le vice provient de la mère.

Une injustice. — Pour que l'enfant soit adultérin de plein droit et légitimable sans désaveu, s'il est né d'une femme mariée, il est nécessaire que l'instance au cours de laquelle il a été conçu aboutisse à la séparation, au divorce, ou qu'elle soit interrompue par le décès de l'autre conjoint. Donc, si la demande est repoussée ou si les époux se sont réconciliés, l'enfant conçu pendant la période favorable ne pourra être légitimé. Pour quelle raison le terme de l'instance a-t-il une si grande influence sur

l'état de l'enfant ? Pourquoi donc l'enfant conçu 300 jours après l'ordonnance ne peut-il être légitimé que si l'instance a une issue favorable ? Remarquons que cette légitimation pourrait être possible malgré le rejet de l'instance, malgré la réconciliation des époux, sans le texte restrictif auquel nous sommes soumis. La demande peut être renouvelée et la nouvelle instance aboutir, le mariage pourrait se dissoudre par le décès de l'autre conjoint. L'union de l'époux adultère avec son complice deviendra alors possible, et cependant l'enfant qu'ils auront eu au cours de l'instance qui n'a point abouti ne pourra être légitimé ; il y a entre le mariage de ses auteurs et sa naissance une barrière infranchissable : le rejet de l'instance au cours de laquelle il est né.

La loi établit donc deux solutions très nettes, le même enfant sera légitimable, si l'instance aboutit, il ne le sera pas, si la vie commune reprend. La faute que les parents ont commise en entretenant des relations coupables, sera donc plus ou moins sévèrement appréciée selon le résultat de l'instance dans laquelle ils sont engagés.

En principe, cette distinction ne se conçoit pas ; elle s'explique cependant par certaines raisons, lorsque l'enfant est né d'une femme mariée, mais ces raisons faisant défaut lorsqu'il est né d'un homme marié et d'une femme libre, l'injustice apparaît flagrante pour lui.

En théorie, tout d'abord, cette distinction ne se comprend pas. Les parents ont commis la même faute, le degré de leur culpabilité est le même, que l'instance réussisse ou non, et on ne voit pas pourquoi son résultat va avoir une telle influence sur l'appréciation de la faute. Qu'importe que l'instance aboutisse ou que la demande soit rejetée, ou que les époux se réconcilient, leur culpabilité reste

entière, ou bien elle n'existe pas ; le résultat de l'instance est un élément étranger à la faute, postérieur à elle et il n'a pas à en augmenter la gravité, ni à la diminuer. Or, la loi estime que les parents sont excusables, s'ils entretiennent des relations coupables, pendant le temps où ils sont affranchis de devoir de cohabitation. Mais quelle que soit l'issue du procès, ils ont été affranchis de ce devoir pendant un certain temps, et s'ils sont excusables dans un cas, ils le sont aussi nécessairement dans l'autre. L'excuse que la loi accorde trouve sa base dans la séparation de fait qu'autorise l'ordonnance, elle n'est pas une prime accordée au succès du procès qu'ils engagent. L'enfant devrait donc être légitimable par une union postérieure du seul fait qu'il est né 300 jours après l'ordonnance, l'issue du procès important peu. Pourquoi le législateur a-t-il établi une distinction que la logique réprouve ? C'est parce qu'il n'a envisagé qu'un côté de la question, il n'a pensé qu'à l'enfant issu d'une femme mariée. Pour lui, en effet, il était inutile de permettre la légitimation, si l'instance n'aboutit pas. Les articles 313, p. 2 et 331, p. 3 le protégent suffisamment. L'article 313, p. 2 est ainsi conçu : « En cas de jugement et même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né 300 jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. » Lorsque la demande sera rejetée, ou lorsque les époux se réconcilieront, de deux choses l'une : ou bien le mari ne dira rien et l'enfant sera son fils légitime, ou bien il le désavouera et l'enfant sera adultérin, mais alors l'article 331 p. 3 permettra sa légitimation ; quelle que soit la décision prise par le mari, l'enfant jouira de la légitimité.

Par conséquent, l'enfant né d'une femme mariée, au cours de la période favorable d'une instance qui n'aboutit pas, est soumis à la règle générale et sa situation est suffisamment bonne. L'article 331 p. 2 n'avait qu'à prévoir la situation d'un enfant, né pendant la période favorable d'une instance qui aboutit, et c'est ce qu'il a fait. C'eût été une complication inutile que de prévoir aussi dans ce texte le cas d'une instance qui échoue, puisque deux autres textes combinés éclaircissent déjà cette hypothèse.

Cette explication est parfaitement logique, mais elle a le tort de ne s'appliquer qu'à la moitié du problème, elle devient impossible lorsque l'enfant est issu d'un homme marié et d'une femme libre ; l'enfant n'est plus protégé par la combinaison des articles 313 p. 2 et 331 p. 3.

Pour lui, les raisons qui expliquent la distinction du législateur entre une instance qui aboutit et une instance qui échoue, sont sans valeur. Pour lui, les critiques que nous avons adressées au principe de cette distinction reprennent toute leur force, car nous n'avons plus de textes qui en annihilent l'injustice. Tout ce que nous cherchons, en effet, c'est de ne pas laisser sans famille un enfant qui est le fruit d'une faute toujours excusable. L'article 331 p. 2 protège cet enfant lorsque l'instance aboutit, sans distinguer l'auteur coupable de la faute ; les articles 313 p. 2 et 331 p. 3 protègent cet enfant lorsque l'instance n'aboutit pas et s'il est né d'une femme mariée ; mais quel est le texte qui protège l'enfant adultérin d'un homme marié lorsque l'instance n'aboutit pas ? il n'y en a aucun ; nous ne voyons pas pourquoi ce seul enfant restera sans protection alors que les autres sont protégés. Et pourtant, la faute commise par le père est la même que

celle commise par la mère, si on excuse l'une, il faut, de toute nécessité excuser l'autre.

Par conséquent, seul, l'enfant né d'un homme marié 300 jours après l'ordonnance ne pourra pas être légitimé au cas où l'instance au cours de laquelle il est né, n'aboutira pas.

Cette injustice est trop criante, trop inexplicable, pour qu'elle soit volontaire ; elle est le résultat d'une confusion que nous avons déjà eu l'occasion de signaler. Le législateur a eu le tort d'assimiler deux situations qui sont fort différentes. Il aurait dû pour être logique avec lui-même, édicter des règles différentes lorsque le vice d'adultérinité provient de la mère et lorsque ce vice provient du père, au lieu de confondre les deux cas dans le même texte.

Et c'est déjà la conclusion à laquelle nous sommes arrivés lorsque nous avons étudié le point de départ du délai.

En résumé, l'enfant adultérin sera légitimable sans désaveu préalable, s'il est né d'une femme mariée, lorsqu'il viendra au monde plus de 300 jours après l'ordonnance de non conciliation, à la condition toutefois que l'instance aboutisse à la séparation de corps ou au divorce ou qu'elle se termine par la mort de l'autre conjoint.

C. *Un conflit.* — La loi du 7 novembre 1907 ne contient pas que des injustices, elle est aussi agrémentée de nombreuses obscurités, provenant des conflits de textes qu'elle soulève. Cette loi, en effet, ne cadre pas du tout avec l'ensemble de notre législation. Nous avons déjà vu qu'il est fort difficile, parfois impossible, de concilier l'article 331, p. 1 et 3 avec l'article 335. Nous avons examiné au passage le conflit qui s'élève entre l'article 331, p. 2 et l'article 314.

Il nous reste à examiner une difficulté plus sérieuse : la nécessité où nous sommes de modifier le sens de l'article 313, p. 2 pour conserver un sens à l'article 331, p. 2.

D'après l'article 313, p. 2, tel qu'il est encore rédigé aujourd'hui, la présomption de paternité du mari perd sa force à partir du moment où les époux sont autorisés à demeurer séparément, c'est-à-dire à partir du jour de l'ordonnance. Les époux ne cohabitent plus, et leur demande en divorce suppose que des mésintelligences graves se sont élevées entre eux. Il est, dès lors, peu probable qu'ils aient continué à avoir des relations et l'enfant que la femme mettra au monde plus de 300 jours après l'ordonnance aura de grandes chances d'être le fruit de relations coupables. On comprend que la présomption de paternité qui pèse sur le mari soit sérieusement atténuée. En bonne logique, elle devrait disparaître même, mais la loi la laisse subsister dans l'intérêt de la légitimité de l'enfant. Si la loi avait tout simplement supprimé cette présomption, elle aurait privé sans nécessité un certain nombre d'enfants du bénéfice de la légitimité pour leur infliger le caractère indélébile d'adultérin. Il valait mieux ne pas en arriver tout de suite à ce résultat déplorable et laisser encore quelque espoir à l'enfant en imposant au mari le soin de se prononçer. D'ailleurs, cette présomption qui s'élève contre lui est si faible qu'il lui suffira de déclarer qu'il n'est pas le père pour la rejeter ; il n'aura aucune preuve à fournir, une simple dénégation de sa part suffira.

Donc, l'article 313, p. 2, considérait l'enfant conçu après l'ordonnance, comme légitime du mari sauf affirmation contraire de la part de celui-ci.

Depuis la loi du 7 novembre 1907 il est impossible de maintenir ce sens à l'article 313, p. 2 ; il ne correspond ni à l'esprit ni à la lettre de l'article 331, p. 2.

Il ne correspond pas à la lettre du nouvel article. — Avec l'article 313, p. 2, tel qu'il est rédigé, l'article 331, p. 2, perd toute signification, son application est complètement paralysée, le législateur a édicté un texte qui n'a aucun sens. De deux choses l'une, en effet : ou bien le mari gardera le silence, ce qui démontre qu'il accepte la paternité, l'enfant sera son fils légitime et il ne bénéficiera pas d'une légitimation ultérieure puisque son état est définiment fixé, et, dans cette hypothèse, l'article 331, p. 2, ne fonctionnera pas ; ou bien le mari déclarera ne pas être le père de l'enfant, et celui-ci fera partie des adultérins désavoués dont parle l'article 331, p 3 ; il sera légitimable, mais l'article 331, p. 2, n'interviendra pas. Nous savons, en effet, que le mot « désaveu » du p. 3, a un sens très large, et qu'il comprend toutes les hypothèses où la présomption de paternité du mari est rejetée. Donc, quelle que soit la solution, l'article 331, p. 2, nous apparaît comme inutile, si nous conservons à l'article 313, p. 2, son sens traditionnel. Cela est pourtant inadmissible, car ce texte existe et il faut lui conserver sa valeur. Or, l'article 313, p. 2, nous dit que l'enfant sera légitime, sauf désaveu, tandis que l'article 331, p. 2, le déclare adultérin de plein droit et légitimable sans désaveu préalable. Il y a donc une antinomie évidente entre les termes mêmes de ces deux textes.

Il ne correspond pas à son esprit. — La présomption de paternité que l'article 313, p. 2, crée au profit de l'enfant, conçu après l'ordonnance a, par elle-même, une mince valeur. Comment admettre, en effet, que deux indi-

vidus qui se haïssent, qui veulent rompre une vie commune devenue insupportable, continuent à entretenir des relations ? Tout ne démontre-t-il pas, au contraire, que les liens dont ils veulent se dégager sont depuis longtemps rompus dans leur cœur ? Le législateur se fait, d'ailleurs, si peu d'illusion sur la valeur de cette présomption, qu'il permet au mari de s'en dégager par une simple affirmation. Pourquoi alors supposer, malgré toutes les apparences, la continuité de ces relations ? Sous l'empire du Code civil une raison expliquait cette situation illogique. Si l'enfant, dont il s'agit, n'était pas né sous la présomption *Pater is est*, il serait né adultérin ; or, nous savons combien cette situation est peu enviable, et sous le Code civil l'enfant n'avait pas espoir d'en sortir. Il n'y a donc pas à s'étonner si la loi ne le rejette dans cette classe qu'à la dernière extrémité. Qu'importe que selon toutes les probabilités l'enfant soit adultérin, ne le privons pas de la légitimité, si nous avons une apparence de raison pour le croire légitime. Le mari est le premier intéressé à repousser une paternité qui n'est pas sienne, la loi lui donne pour cela toutes les facilités ; il n'a donc pas à se plaindre, ses intérêts sont suffisamment sauvegardés ; mais si, pour une raison quelconque, il garde le silence, la loi n'a pas à se montrer plus exigeante que lui ; elle n'a pas à déclarer adultérin un enfant que celui qui peut, après tout, en être le père et le père légal, considère comme légitime.

Cette solution ne saurait être maintenue telle depuis la loi de 1907, car la raison qui l'expliquait fait maintenant défaut. Nous n'hésitons plus à imprimer à cet enfant le caractère d'adultérin, puisque ce sera la raison même de sa légitimation ; nous n'enlevons à un enfant la légitimité

dans une famille que pour la lui redonner dans une autre, la sienne vraisemblablement. De toutes les façons il sera légitime, il vaut mieux qu'il le soit dans sa véritable famille que dans celle du mari de sa mère.

Bien mieux, il serait dangereux de maintenir intacte la présomption de l'article 313, p. 2, en présence de la loi nouvelle. Il serait à craindre, en effet, que le mari, par haine de l'enfant adultérin, par rancune contre le 2e mariage de sa femme, n'hésite pas à assumer la paternité de l'enfant ; il privera ainsi, le 2e mari d'une paternité qui lui revient et pourra exercer la puissance paternelle au détriment de l'enfant et compromettre son avenir sans tomber sous le coup de la loi. Il n'est pas bon que la loi laisse entre les mains du 1er mari, dont la présomption de paternité est si faible, de l'aveu de la loi elle-même, le sort de l'enfant et le bonheur de la nouvelle famille.

Par conséquent, sous l'empire du Code civil, il était logique que la présomption de paternité du mari couvrit l'enfant conçu en cours d'instance, tout en sauvegardant entièrement les droits du mari ; elle permettait de soustraire quelques enfants au régime des adultérins, sans causer de préjudice à personne. Depuis la loi de 1907, les rôles sont renversés, l'enfant a intérêt à être déclaré adultérin pour bénéficier de la légitimation, et il ne faut pas qu'un individu puisse, en invoquant une présomption si faible parce qu'il peut la faire cesser lui-même, le priver de cette faveur. Cette solution résulte aussi de l'existence même de l'article 331, p. 2.

L'esprit de la loi et le texte nouveau nous démontrent donc amplement que l'article 313, p. 2, ne peut subsister tel qu'il est aujourd'hui.

Deux solutions sont donc en présence : ou bien sup-

primer purement et simplement l'article 313, p. 2, en le déclarant implicitement abrogé par l'article 331, p. 2, ou bien le maintenir, mais en restreignant son sens dans la mesure où cela est rendu nécessaire par le texte nouveau.

La 1re solution aurait pour résultat de décider que la présomption de paternité du mari ne couvre plus l'enfant conçu au cours de l'instance. Cet enfant serait dans tous les cas adultérin de plein droit. Cette solution nous paraît exagérée et l'article 331, p. 2 ne l'impose pas. Il ne déclare adultérins, de plein droit, que ceux qui sont susceptibles d'être légitimés ; et ainsi, déclarer adultérins de plein droit tous les enfants conçus en cours d'instance, serait faire produire à la loi des effets qu'elle ne comporte pas. Cette solution serait également contraire à l'esprit du texte ; seuls les enfants qui vont bénéficier de l'article 331 p. 2, ont intérêt à échapper à la présomption de paternité du premier mari, mais ceux qui ne peuvent attendre une famille de la deuxième union ont intérêt à ce que la présomption soit maintenue, il ne faut pas les priver du faible espoir qu'ils ont de rester légitimes. « La nouvelle loi ne doit pas se retourner contre eux », elle ne doit donc pas effacer cette présomption de paternité, mais seulement la faire fléchir dans la mesure où l'intérêt de l'enfant l'exige. Ce résultat sera atteint si l'article 313, p. 2, contient non pas une action en désaveu, mais une action en contestation de légitimité. En effet, quelle que soit l'action, son résultat sera de faire cesser la présomption de paternité du mari et de faire de l'enfant un adultérin.

Avant 1907, il y a intérêt à voir dans l'article 313, p. 2, une action en désaveu, son exercice rendra l'enfant adultérin et comme il ne peut espérer un changement d'état, sa

situation sera mauvaise ; il faut donc limiter le nombre des personnes qui peuvent lui imprimer cette tare, en faisant tomber la présomption qui le protège, il ne faut accorder l'action qu'au mari, qui seul est vraiment intéressé à ne pas assumer une fausse paternité.

Depuis 1907, il y a intérêt à voir dans l'article 313 p. 2, une action en contestation de légitimité. Son exercice rendra l'enfant adultérin, mais ce sera la condition même de son entrée dans sa véritable famille, il faut donc élargir l'action et la donner à tous ceux qui ont intérêt à voir disparaître une faible présomption nuisible à l'enfant.

Cette solution présente un grand avantage sur celle qui voudrait faire disparaître complètement la présomption. Supposons un enfant conçu en cours d'instance, si personne n'exerce l'action en contestation de légitimité, l'enfant ne sera pas adultérin mais légitime, tandis qu'il serait adultérin si la présomption ne le couvrait plus. De plus, cette présomption, ne gêne personne et ne laisse pas la légitimation de l'enfant soumise au bon plaisir de son plus mortel ennemi, le premier mari de sa mère.

Les conséquences de la présomption sont ainsi en rapport avec sa force, et nous évitons de donner un pouvoir considérable à un individu qui peut se réclamer d'une si faible présomption, tout en sauvegardant entièrement ses intérêts.

Nous hésitons d'autant moins à admettre cette solution qu'elle répare une injustice que nous avons déjà eu l'occasion de signaler.

Nous avons vu, en effet, qu'il est nécessaire que l'instance aboutisse à la séparation ou au divorce ou qu'elle soit interrompue par la mort de l'autre conjoint pour que l'enfant soit légitimable. Par conséquent, l'enfant conçu au

cours d'une instance qui n'aboutit pas, ne saurait bénéficier de la loi nouvelle, alors même que ses auteurs contracteraient mariage plus tard. Mais, par le jeu des principes, cet enfant sera toujours légitime s'il est né d'une femme mariée tandis que dans cette même hypothèse, il ne pourra bénéficier de la légitimité s'il est né d'un homme marié.

Si l'article 313, p. 2, contient une action en contestation de légitimité, cette conséquence injuste de l'article 331, p. 2 sera effacée en fait. Lorsque les parents contracteront mariage, un intéressé quelconque contestant la légitimité de l'enfant conçu au cours de l'instance qui a échoué, l'enfant sera déclaré adultérin. Or, nous avons admis que l'article 331, p. 3, permet la légitimation non seulement des enfants désavoués par le mari, mais encore de ceux dont la légitimité a été contestée avec succès.

Par conséquent, tous les enfants conçus en cours d'instance seront ainsi légitimables par un mariage subséquent, que l'instance ait abouti ou qu'elle ait échoué.

En résumé, depuis la loi du 7 novembre 1907, il est impossible de maintenir l'article 313, p. 2, tel qu'il est rédigé. L'esprit de la loi nouvelle et son texte réclament une modification, il ne nous paraît ni légal, ni utile, de supprimer purement et simplement l'article 313, p. 2, mais nous sommes dans l'obligation d'élargir son sens et d'y voir une action en constatation de légitimité.

Cette solution sauvegarde tous les intérêts en jeu, répare une injustice criante et s'adapte pleinement à la loi du 7 novembre 1907.

On s'explique, d'ailleurs, que le législateur ait eu cette pensée et qu'il n'ait pas jugé nécessaire de modifier l'article 313, p. 1, pour le mettre en harmonie avec son texte.

Il a été frappé de la facilité avec laquelle le mari exercera l'action en désaveu de l'article 313, p. 2. Le mari n'aura qu'à établir, que l'enfant a été conçu au cours de l'instance, la loi le dispense de toute autre preuve, son action se résout en une simple dénégation de sa part.

Cette interprétation si large, est l'œuvre de la jurisprudence (1). Le désaveu du mari se présente dans des conditions tellement favorables que les tribunaux ont singulièrement modifié les conditions d'exercice de l'action en désaveu, ils lui ont appliqué les conditions d'exercice de l'action en contestation de légitimité. Cette facilité a porté le législateur à croire, qu'il s'agissait ici d'une action en contestation de légitimité ; il n'a pas vu que, même avec l'interprétation de la jurisprudence, une différence fondamentale subsistait entre les deux actions ; c'est que, cette action en désaveu accordée avec largeur, la jurisprudence ne l'admet, cependant, qu'au profit du mari, tandis qu'une action en contestation de légitimité aurait appartenu à tout intéressé.

Nous doutons d'autant moins de cette confusion que nous la retrouvons dans la loi du 7 juillet 1907. Cette loi modifie le point de départ du délai imposé à la femme divorcée pour se remarier ; elle pourra se remarier dès après la transcription, pourvu qu'il se soit écoulé un délai de 300 jours, depuis le 1er jugement rendu dans la cause. Or, si la femme use de cette faculté et si elle a un enfant 180 jours après, cet enfant appartiendra au deuxième mariage, tandis qu'il aurait appartenu au premier mari sauf

(1) Aix, 6 décembre 1876, D., 1877, 2, 183 ; Caen, 22 décembre 1880, S., 1881, 2, 161 ; Montpellier, 21 juillet 1886, S., 1888, 2, 100 ; Lyon, 3 juillet 1890, D., 1891, 2, 99.

désaveu de sa part, si on avait réellement vu dans l'article 313, p. 2, une action en désaveu. Or, c'est bien en réalité, une action en désaveu que contient ce texte ; la jurisprudence le pensait bien ainsi puisqu'elle ne l'accordait qu'au mari.

D'ailleurs, si le législateur avait voulu accorder une action en contestation de légitimité, c'est cette expression qu'il aurait employée et surtout il n'aurait pas édicté l'article 315. Cet article, en effet, n'a aucun sens et doit disparaître si l'article 313, p. 2, contient une action en contestation de légitimité et son maintien dans le Code nous prouve suffisamment que l'article 313, p. 2, ne donne que l'action en désaveu.

Il faut donc, pour être logique, pour donner un sens à l'article 331, p. 2, pour mettre l'article 313, p. 2, en harmonie avec l'esprit de la loi nouvelle et avec la pensée du législateur, le modifier de la façon suivante : « En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, tout intéressé pourra contester la légitimité de l'enfant né 300 jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de 180 jours, depuis le rejet définitif de la demande ou de la réconciliation. L'action en contestation de légitimité ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait des époux. » Avec cette rédaction, l'article 315 disparaît, il est inutile.

Et ainsi, la contradiction avec l'article 331, p. 2 n'existe plus ; ces deux articles peuvent fort bien subsister l'un et l'autre, l'article 331, p. 2 déclare adultérin de plein droit un enfant dont l'article 313, p. 2, exige tout d'abord que la légitimité soit contestée; cela n'a pas grande importance. Par faveur pour la légitimation, le législateur supprime une formalité, il simplifie la procédure dans l'intérêt de l'enfant.

Il fait disparaître un acte inutile dont le seul but serait d'entraîner des frais et de retarder l'entrée de l'enfant dans sa véritable famille.

Ces deux dispositions se complètent fort heureusement l'une l'autre ; lorsque la légitimation ne sera pas en cause, l'article 313, p. 2 subsistera entièrement et la présomption continuera à couvrir l'enfant jusqu'à ce que sa légitimité soit contestée, et si personne ne réclame, l'enfant continuera à jouir de la légitimité.

Par conséquent, le maintien de l'article 313, p. 2 s'impose avec la modification que nécessite la volonté du législateur, le texte de la loi nouvelle et son esprit, et il constitue la règle générale : la présomption de paternité du premier mari continue à couvrir l'enfant né en cours d'instance.

Mais, dans l'intérêt de l'enfant, le législateur supprime une procédure inutile, lorsque la légitimation est en jeu.

D. *Hypothèses pratiques.* — Dans le but de condenser les explications qui précèdent, nous allons énoncer les hypothèses pratiques auxquelles l'article 331, p. 2, peut donner lieu.

1° Un homme marié, en instance de séparation ou de divorce, entretient des relations avec une femme libre, un enfant naît moins de 300 jours après l'ordonnance, il sera adultérin vis-à-vis de son père qui ne pourra le reconnaître, naturel simple vis-à-vis de la mère ; il ne pourra pas être légitimé par un mariage subséquent. S'il naît plus de 300 jours après l'ordonnance, il reste adultérin vis-à-vis de son père, mais si l'instance aboutit, ou si elle se termine par le décès de la femme du père, le père pourra en se mariant avec la mère, légitimer l'enfant, à la condition de le reconnaître dans l'acte de mariage. Mais l'en-

fant, quelles que soient les circonstances ultérieures, ne bénéficiera jamais de la légitimation si l'instance, au cours de laquelle il est né, se termine par le rejet de la demande ou par la réconciliation des époux.

2° Une femme mariée en instance de séparation ou de divorce entretient des relations avec un homme libre. L'enfant qui naîtra moins de 300 jours après l'ordonnance sera légitime du 1er mari, sauf désaveu. S'il naît plus de 300 jours après l'ordonnance, il sera adultérin de plein droit et légitimable si l'instance a une issue favorable, si l'instance se termine par le rejet de la demande ou par la réconciliation des époux, il sera légitime du 1er mari, il ne sera donc pas légitimable, à moins que cependant, sa légitimité ne soit contestée, auquel cas il sera adultérin et légitimable.

3° Un homme marié en instance de séparation ou de divorce entretient des relations avec une femme mariée.

a) Si la femme n'est pas en instance, l'enfant sera légitime de son mari, il ne sera donc pas légitimable ; s'il est désavoué, il sera adultérin sans pouvoir être légitimé, s'il naît moins de 300 jours après l'ordonnance qui a autorisé le père à quitter sa femme, car il ne répond pas aux exigences de l'article 331, p. 2, vis-à-vis de son père. Mais s'il naît plus de 300 jours après cette ordonnance, il sera légitimable, car il satisfait à l'article 331 p. 3 en ce qui concerne la mère et à l'article 331, p. 2 en ce qui concerne le père.

b) Si la mère était également en instance, l'enfant ne sera légitimable, que s'il naît 300 jours après chacune des 2 ordonnances et en supposant que les 2 instances aboutissent ; si seule, l'instance du père n'a pas une issue favorable, l'enfant ne sera jamais légitimable ; mais il

pourra être légitimé si l'instance de la mère n'aboutit pas, à la condition toutefois que sa légitimité dans le premier mariage soit contestée.

SECTION III

Critique de la Loi et projets de Réforme.

La loi du 7 novembre 1907 était à peine promulguée qu'elle soulevait déjà les plus vives critiques. M. Violette l'appréciait en ces termes : « la nouvelle rédaction de l'article 331 est presque aussi injuste que l'ancienne, puisqu'elle a de plus l'inconvénient d'être contradictoire et arbitraire (1). »

De nombreux projets furent déposés pour remédier à l'imperfection de cette œuvre ; ils ont été condensés par M. Maxime Lecomte, rapporteur de la commission du Sénat, qui a rédigé un texte nouveau actuellemennt soumis à l'examen de la Haute Assemblée.

Nous ne reviendrons pas sur les obscurités qui résultent des conflits de textes que soulève la loi, mais nous plaçant à un point de vue général nous essayerons de faire ressortir les graves défaut de l'article 331.

1re Critique. — Lorsqu'un homme marié ou une femme mariée entretiennent des relations coupables, l'atteinte portée à la foi conjugale est la même, elle doit être traitée avec une égale rigueur où une égale indulgence, l'enfant qui naîtra de leurs relations doit être soumis au même régime ; ou bien il faut être sévère pour lui dans l'intérêt des enfants légitimes ou indulgent malgré cet intérêt, mais il ne faut pas avoir deux poids et deux mesures.

Si l'on juge à propos d'admettre dans certaines hypo-

(1) *J. Off., Déb. Parl.*, Chambre, 15 mars 1908, p. 261.

thèses la légitimation des enfants adultérins, la logique exige que cette faveur soit accordée, que le vice provienne du père ou qu'il provienne de la mère. Or, la loi de 1907 atteint précisément le résultat contraire.

a) L'article 331, p. 3 permet la légitimation des enfants adultérins d'une femme mariée si le mari les désavoue, tandis qu'aucune disposition n'accorde la même faveur aux enfants adultérins d'un homme marié. Pourquoi le législateur a-t-il établi cette différence que la logique réprouve? M. Chaumié nous dit que la loi refuse la légitimation aux enfants nés d'un homme marié et d'une femme libre parce qu'elle ne veut pas donner « une sorte de consécration légale à l'état de bigamie ». Or, en permettant la légitimation des enfants nés d'une femme mariée et désavoués la loi donne « une sorte de consécration légale à l'état de polyandrie... C'est ce que nous démontre le petit tableau suivant :

SITUATION QUE LA LOI VEUT ÉVITER.	SITUATION QUE LA LOI A CRÉÉE.
Un homme marié entretient à côté de son ménage une liaison illégitime au cours de laquelle des enfants lui naissent concurremment *de sa femme et de sa maîtresse*. Le mariage se dissout par la mort *de la femme : le mari devenu veuf* épouse *sa maîtresse* et révélant alors, par la légitimation de ses enfants adultérins, l'existence de ses relations coupables, en même temps que la date de la naissance de ses enfants légitimes, atteste la continuité de ses relations conjugales, *il* donne une sorte *de consécration légale à l'état de bigamie dans lequel il a vécu.*	*Une femme mariée* entretient à côté de son ménage une liaison illégitime au cours de laquelle des enfants lui naissent concurremment *de son mari et de son amant*. Le mariage se dissout par la mort *du mari : la femme devenue veuve* épouse *son amant* et révélant alors, par la légitimation de ses enfants adultérins, l'existence de ses relations coupables, en même temps que la date de la naissance de ses enfants légitimes, atteste la continuité de ses relations conjugales, *elle* donne une sorte *de consécration légale à l'état de polyandrie dans laquelle elle a vécu.*

Voici l'hypothèse : Primus épouse Prima, le ménage étant en désaccord, Primus quitte sa femme sans y être autorisé et entretient des relations avec une femme libre, Secunda, Prima agit de la même façon et vit avec Secundus. Les deux nouveaux ménages ont des enfants ; puis, Primus et Prima, désireux de rompre les liens légaux qui les unissent encore divorçent et Primus désavoue les enfants de Prima, qui sans cela lui appartiendraient.

Prima en se remariant avec Secundus pourra légitimer ses enfants tandis que Primus ne le pourra pas en se remariant avec Secunda. La bigamie est donc plus sévèrement punie que la polyandrie. « Pourquoi, à deux situations de valeur morale et juridique si complètement identiques, apporter deux solutions aussi violemment contradictoires ? Dans un cas, on accepte sans difficulté de donner une consécration légale à l'adultère ; dans l'autre cas on présente le même résultat comme la plus monstrueuse des aberrations. Vraiment, en tout cela la logique et le bon sens se trouvent traités de fort cavalière façon ».

b) La même contradiction se retrouve dans l'article 331 p. 2 ; l'enfant né d'une femme mariée entre le 180e et le 300e jour qui suit l'ordonnance, ou bien sera légitime du premier mari si celui-ci ne réclame pas, ou bien légitimable dans le deuxième mariage, si le premier mari le désavoue. Tandis que l'enfant né, dans le même délai, d'un homme marié et d'une femme libre sera adultérin et le restera, quelles que soient les circonstances ultérieures.

c) Enfin, l'article 331 est même immoral, car il est plus favorable aux enfants nés de l'adultère double qu'à ceux nés de l'adultère simple. Exemple : Primus marié à Prima a un enfant de Secunda dont le mari Secundus est absent. L'enfant est doublement adultérin, car il est né de per-

sonnes mariées chacune de leur côté. Secundus revient, désavoue l'enfant et divorce avec Secunda, tandis que Primus divorce avec Prima. Si Primus épouse Secunda, ils pourront légitimer leur enfant. Si les autres circonstances étant les mêmes, Secunda avait été célibataire, l'enfant serait adultérin d'un seul côté, puisque la mère était libre et le mariage de Primus et de Secunda ne permettrait pas de le légitimer.

La loi de 1907 est donc illogique. « Nous sommes entrés dans une voie où il faut aller jusqu'au bout, et c'est en cela qu'il était précieux pour nous que le texte du Sénat fut promulgué aussitôt, car il engageait notre législation de telle sorte qu'il y aurait, en un sens, plus d'immoralité encore à ne pas l'étendre qu'à l'abroger. »

Projet Violette et Steeg. — Aussi à la séance du 11 novembre 1907 (1), MM. Violette et Steeg déposaient de nouveau leur 1re rédaction à la Chambre des Députés et le 25 novembre (2), M. Violette déposait son rapport : « Il est tout de même d'une singulière conception de trouver ce moyen admirable de punir les parents, les frapper dans la personne de leurs enfants. De sorte que, s'ils n'ont pas d'enfant, jamais ils ne seront punis. Couples adultères qui voulez bénéficier des bonnes grâces du Sénat, soyez stériles, à ce prix, tout vous sera permis : on a abrogé à votre intention l'article 298. Mais surtout ne vous avisez pas d'avoir des enfants, car, aussitôt, paraît-il, votre adultère deviendra infiniment plus grave. Il y a rémission générale pour les parents coupables, il n'y en aura jamais pour les enfants innocents. Malheur aux enfants ! »

(1) *J. Off.*, Chambre, *Déb. Parl.*, 16 novembre 1907, p. 2150.
(2) *J. Off.*, Chambre, *Déb. Parl.*, 1907, p. 293.

Le projet vint en discussion le 5 juin 1908 (1). Dans une éloquente intervention, M. Léonce de Castelnau fit le procès du projet, il le dénonça comme destructeur de l'institution du mariage. M. Louis Ollivier déclara que le projet Violette est la préface du projet Groussier, qu'il appelle logiquement l'égalité des enfants, ce qui serait le préliminaire de l'Union Libre. « Les enfants adultérins vont se trouver divisés en 2 catégories ; dans l'une, se trouveront tous les enfants adultérins qui ont encore leurs parents et qui peuvent encore être légitimés par le mariage subséquent de ceux-ci, dans l'autre se trouveront les enfants qui ont perdu un de leurs parents, les plus nombreux peut-être, en tous cas les plus malheureux, parce que les plus abandonnés. Or, leur infortune restera la même car leur reconnaissance reste absolument interdite comme par le passé, quelles que soient les bonnes dispositions de leurs parents pour eux, quelle que soit leur situation et quand bien même, ils ne seront retenus par aucune espèce de liens qui puisse leur imposer quelque obligation familiale. Vraiment, que devient la logique en présence de pareilles contradictions ? Et pourquoi cette différence, pourquoi cette injustice, pourquoi cette inégalité nouvelle, s'il n'est pas vrai que ce qui paraît logique et rationnel est quelquefois absolument irréalisable et s'il n'est pas indispensable de respecter coûte que coûte, même au prix d'injustices individuelles, certaines règles du Code tellement fondamentales qu'a vouloir y toucher, le remède paraît encore pire que le mal. (2) »

Mais il était trop tard ; c'est lors de la première discus-

(1) *J. Off.*, Chambre, *Déb. Parl.*, 1908, p. 1143.
(2) *J. Off.*, Chambre, *Déb. Parl.*, 1908, p. 1143.

sion du projet Violette qu'il fallait soulever ces arguments et donner aux débats l'envergure qu'ils comportaient. On avait laissé passer la loi du 7 novembre 1907, sans contester son principe même, il était impossible de reculer. Le projet fut voté par 400 voix contre 107 et envoyé au Sénat.

2° Critique. — Si le principe même de la loi donne lieu à de violentes objections, les formes qu'elle exige n'ont pas échappé à la critique. La reconnaissance, soit antérieure au mariage, soit concomitante à l'acte de célébration, est indispensable. Si pour une raison quelconque, par erreur, par ignorance de la loi, les parents se marient sans reconnaître l'enfant, l'enfant restera à jamais adultérin, tandis que ceux qui naîtront par la suite seront légitimes. Cette situation peut se présenter fréquemment ; dans les campagnes les lois nouvelles ne pénètrent que difficilement, elles sont au début mal comprises et mal interprétées. Les parents, ignorant que la reconnaissance est indispensable à la légitimation, ou bien, l'acte de mariage contenant le nom de la mère, ils croiront que cela suffit. Cet inconvénient est d'autant plus à craindre que les secrétaires de mairies demanderont aux futurs époux tous les renseignements exigés pour leur union et négligeront de leur demander s'ils ont des enfants à légitimer ; les futurs époux supposeront qu'ils ont fourni toutes les pièces nécessaires, pour que leur mariage produise tous ses effets. De même on ne voit pas très bien l'officier de l'état civil rappelant aux conjoints que s'ils ont des enfants, leur devoir est de les reconnaître afin de les légitimer.

Il faut donc organiser une légitimation *post nuptias*, permettre aux époux de reconnaître leurs enfants après leur union pour les faire bénéficier de la légitimation.

C'est le mariage qui légitime et non la reconnaissance.

Qu'importe, dès lors, que la filiation des enfants soit légalement établie avant ou après l'union des parents. Telle était la solution du droit canonique et telle était celle de notre ancien droit.

« La légitimation des enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu avant leur mariage, nous dit Pothier (1), se fait par la seule force du mariage que les père et mère consentent. Il n'est pas en leur pouvoir de priver les enfants du droit que la loi leur donne par l'effet qu'elle attribue au mariage de leurs père et mère de les légitimer. » En permettant la légitimation postérieure à l'union on craint, que des époux sans enfants ne se créent ainsi une descendance fictive ou reconnaissent un enfant quelconque, éludant ainsi les règles de l'adoption. Cette objection ne doit pas être retenue, l'inconvénient sera évité par l'intervention de l'autorité judiciaire. Les juges examineront s'ils se trouvent en présence d'une reconnaissance à fin de légitimation ou d'une adoption déguisée. Il importe donc de permettre aux parents de légitimer leur enfant par une reconnaissance postérieure à leur union, si pour une raison quelconque, ils n'ont pas reconnu l'enfant en se mariant.

Projets de lois. — Le 28 mai 1907 (2) M. Merle déposait à la Chambre des Députés un projet de loi autorisant la légitimation des enfants naturels simples par une reconnaissance postérieure à l'union des parents.

(1) Pothier, *Traité du Contrat de mariage*, VI, p. 192, n° 422.

(2) *J. Off.*, Chambre, *Doc. Parl.*, 1907, p. 394, n° 983.

Le 21 février 1911 (1) M. Mazière a repris cette idée devant le Sénat et a déposé un projet ainsi conçu :

Art. 1er. — Le 1er p. de l'article 331 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit : Les enfants nés hors mariage sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les ont légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaissent à la suite de la célébration.

Lorsqu'un enfant naturel, reconnu par ses père et mère, l'aura été par l'un deux ou par l'un et l'autre, postérieurement à leur mariage, cette reconnaissance n'emportera légitimation qu'en vertu d'un jugement rendu après enquête et sur conclusion du ministère public.

Art. 2. — La présente loi est applicable à l'Algérie ainsi qu'aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, et de la Réunion ».

3° Critique. — La loi de 1907 exige que la reconnaissance soit antérieure au mariage ou qu'elle soit faite dans l'acte de célébration ; nous avons vu qu'alors même qu'une reconnaissance antérieure aurait été faite, il est toujours prudent de la reproduire dans l'acte de mariage. Or, il y a là un inconvénient sérieux. Les époux seront souvent appelés à produire leur acte de mariage, soit, pour rassurer un prêteur contre la possibilité d'un régime exclusif de communauté, soit pour demander la réversibilité d'une pension de retraite dont jouissait l'autre conjoint. L'acte de mariage, par la reconnaissance qu'il contient, révélera sans utilité aux tiers et pour le plus grand désavantage des époux et de leur famille que les époux ont eu des relations illicites avant leur union. La malignité publique y trouvera son compte et les gens mal

(1) *J. Off.*, Sénat, *Doc, Parl.*, 1911, n° 49, p. 59.

intentionnés pourront, dans un but de chantage ou de vengeance, se faire délivrer l'acte de mariage des époux. Pour éviter ce scandale inutile, l'officier de l'état civil qui procède au mariage doit pouvoir constater la légitimation dans un acte séparé porté sur le registre des naissances.

Projet de loi. — A la séance du 26 novembre 1908 MM. Catalogne et Cicéron (1), déposaient au Sénat le projet suivant modifiant l'article 331 :

Art. 1. — Les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans un acte à la suite de l'acte même de célébration.

En ce qui concerne les enfants adultérins, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère et dans un acte séparé à la suite de l'acte même de célébration, ceux qui seront nés plus de 300 jours après l'ordonnance du Président du Tribunal, prévue par l'article 878 du Code de procédure civile intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint, lorsque cette procédure aura abouti à la séparation de corps, ou au divorce, ou aura été interrompue par le décès de l'autre conjoint.

L'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari, pourra également être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice.

Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.

Pour les mariages antérieurs à la promulgation de la

(1) *J. Off.*, Sénat, *Doc. Parl.*, 1908, n° 293, p. 32.

présente loi, il ne sera plus délivré d'expédition commune de l'acte de légitimation, et de l'acte de célébration du mariage que dans les conditions déterminées par l'article 57 du Code civil. »

Art. 2. — « La présente loi est applicable à l'Algérie ainsi qu'aux colonies ».

4° Critique. — Pour mettre le texte en harmonie avec l'article 313, p. 2 le 15 Juin 1911 (1). M. Reymonencq déposait un projet modifiant l'article 313 p. 2 de la façon suivante « toutefois la présomption de paternité établie par l'article précédent ne s'appliquera pas à l'enfant, même sans désaveu de la part du mari de sa mère, si celle-ci la légitime par un nouveau mariage ».

5° Critique. — *a*) La loi de 1907 a également le tort de ne viser qu'implicitement les enfants incestueux.

b) Elle laisse subsister les mots « pourront être légitimés par le mariage subséquent » ce qui permet de supposer que les parents peuvent, en se mariant, rejeter hors de la famille qu'ils vont constituer, un enfant qu'ils avouent né de leurs œuvres, tandis qu'il vaut mieux dire « sont légitimés par le mariage subséquent » ce qui emporte légitimation de plein droit de l'enfant que les parents reconnaissent en se mariant.

c) Elle ordonne que la légitimation soit mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant, mais elle n'indique pas les personnes qui doivent la requérir.

d) Enfin, elle laisse subsister entre les article 331 et 335 une contradiction dont nous nous sommes longuement occupés.

La Société d'études législatives (2) a tenu compte de

(1) *J. Off.*, Sénat, *Doc. Parl.*, 1911, p. 841, n° 197.

(2) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, année 1910.

toutes ces critiques. Elle va même dans son projet plus loin que la loi de 1907. Elle tente de donner, dans une certaine mesure, satisfaction au projet de MM. Violette et Steeg, en accordant dans un cas, la légitimation des enfants nés au cours du mariage d'un homme marié et d'une femme libre. Elle autorise la légitimation de l'enfant dont l'adultère provient du père quel que soit le moment de sa naissance et quelle que soit l'époque où l'adultère a été commis par le mari, à la condition qu'au moment où il épouse sa complice, il n'ait pas lui-même d'enfants nés de son précédent mariage au cours duquel l'enfant adultérin a été conçu.

Cette extension a une importance considérable, elle a l'avantage de faire passer l'enfant adultérin avant les collatéraux dans le règlement de la succession du père, mais elle consacre dans ce cas « l'état de la bigamie dans lequel le père a vécu. »

Il n'y a plus qu'un pas à franchir : permettre la légitimation des enfants adultérins du mari, alors même qu'il a des enfants légitimes de son précédent mariage, et ce sera le projet Violette. La question de la reconnaissance des enfants adultérins se posera alors, et il faudra l'adopter pour être logique ; car il est injuste de priver du bénéfice de la légitimité les enfants qui ont déjà eu le malheur de perdre un de leurs parents et qui ne peuvent ainsi bénéficier de la légitimation.

Tous les enfants adultérins pouvant être reconnus ou légitimés, il sera aussi logique de décreter l'égalité des enfants quel que soit le vice qui entache leur naissance. Car il serait aussi injuste de priver de la légitimité, des enfants dont les père et mère sont morts sans avoir rien fait pour eux, ou qui ont poussé l'égoïsme jusqu'à laisser

leurs enfants dans l'état inférieur où ils les ont fait tomber par leur faute. Tout cela étant admis et nous le répétons, pour être logique, il faut en venir là, l'institution du mariage ne sera plus qu'une supercherie.

Voici le projet :

Art. 1. — L'article 331 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

Art. 331, p. 1. — Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, dont la condition est réglée par les dispositions ci-après, sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaissent au moment de sa célébration. Dans ce dernier cas, l'officier de l'état civil qui procède au mariage constate la reconnaissance et la légitimation dans un acte séparé, porté sur le registre des naissances.

Les enfants non reconnus avant le mariage de leurs père et mère, ou au moment de sa célébration, peuvent être légitimés, lorsqu'ils sont légalement reconnus au cours du mariage et qu'un jugement aura admis leur légitimation. Ce jugement rendu en Chambre du Conseil, sur la requête des deux époux, par le tribunal de leur domicile, doit constater d'une part que le défaut de légitimation, lors de la célébration du mariage, est le résultat d'une erreur ou d'un oubli et d'autre part que les enfants ont eu depuis cette époque la possession d'état constante d'enfant commun.

P. 2. — Les enfants nés d'un commerce incestueux sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère contracté en conformité de l'article 164 lorsque les époux

les reconnaissent au moment de leur mariage ou postérieurement, selon les règles et conditions fixées au p. 1er pour la légitimation des enfants naturels simples.

P. 3. — Les enfants adultérins ne peuvent être légitimés que dans les cas suivants :

« Sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les reconnaissent au moment de leur mariage ou postérieurement, selon les règles et conditions ci-dessus :

1) Les enfants nés d'un commerce adultérin de la mère et désavoués par le mari ou ses héritiers ;

2) Les enfants nés d'un commerce adultérin du mari plus de 300 jours après l'ordonnance rendue en conformité de l'article 878 du Code de procédure civile, au cours d'une instance en divorce ou en séparation du corps, lorsque l'instance a abouti à la séparation de corps, ou au divorce ou a été interrompue par le décès de la femme ;

3) Tous autres enfants nés du commerce adultérin du mari s'il n'existe pas lors du mariage subséquent d'enfants ou descendants légitimes, issus du mariage, au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu ;

4) Toute légitimation sera mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.

Cette mention sera faite à la diligence de l'officier de l'état civil qui aura procédé au mariage, s'il a connaissance de l'existence des enfants, sinon à la diligence de tout intéressé.

Quand la légitimation aura été admise par une décision judiciaire, la mention sera faite à la diligence de l'avoué qui aura obtenu le jugement ou l'arrêt et qui en transmettra un extrait à l'officier de l'état civil, dans le mois du

jour où la décision aura acquis l'autorité de la chose jugée.

P. 5) — L'enfant majeur ne pourra être légitimé sans son consentement.

P. 6). — Toute légitimitation qui n'est pas contestée par les intéressés dans les 6 mois à partir du jour où ils en ont connaissance, ne peut plus être attaquée.

Ce délai ne court pas contre eux pendant leur minorité.

Art. 2 — Il sera ajouté à l'article 335 un paragraphe ainsi conçu :

« Sauf les exceptions prévues à l'article 331 » (1).

6° Critique. — La loi de 1907 a été l'objet d'une autre critique qu'aucun projet de loi n'est venu sanctionner et à laquelle on a opposé une fin de non recevoir. Elle sacrifie les intérêts des enfants légitimes et ceux du conjoint délaissé.

Lorsque l'un des époux reconnaît au cours du mariage un enfant naturel qu'il a eu antérieurement à son union, d'un autre que son conjoint, la reconnaissance ne peut nuire ni au conjoint, ni aux enfants nés du mariage, c'est l'article 337.

Cet enfant sera exclu de la succession de son auteur par les enfants légitimes de celui-ci et sa présence ne pourra porter atteinte aux droits du conjoint survivant.

Avec la loi de 1907 il en sera autrement, la légitimation de l'enfant adultérin nuira au conjoint délaissé et aux enfants légitimes du 1er mariage, car l'adultérin prendra place dans la famille au même titre que l'enfant né du mariage et ses droits seront les mêmes.

1° Une femme mariée n'a pas d'enfant ; son mari a

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1910, pp. 135-136.

des enfants adultérins, les époux intentent une action en divorce, le divorce est prononcé au profit de la femme et le jugement lui laisse le bénéfice d'une libéralité contenue dans son contrat de mariage. Le mari épouse sa maîtresse et légitime ses enfants. A la mort du père, les enfants invoqueront leur qualité de réservataires pour faire réduire la libéralité dont jouit la 1re épouse de leur père. Par conséquent, cette femme aura subi l'abandon de son mari, elle verra légitimer des enfants dont la naissance est une injure pour elle, et de plus elle sera privée par eux de ce qui lui est nécessaire pour vivre. Cette situation est immorale et dans cette hypothèse, une disposition de la loi analogue à celle de l'article 337 aurait dû garantir les droits du conjoint délaissé.

2° De même les enfants adultérins légitimés viendront concourir à la succession du père au même titre que les enfants légitimes, tandis que l'enfant naturel reconnu au cours du mariage serait exclu par eux. A la séance du 18 juin 1907 M. Beauregard envisagea cette hypothèse et réclama une mesure de protection pour les enfants légitimes, « Il existe des enfants légitimes, dit-il, auxquels il est injuste d'adjoindre comme co-partageants à égalité des enfants qui vis-à-vis d'eux ne devraient pas exister (1) ».

Cependant cette conséquence de la loi est moins immorale que la précédente, les époux, n'auraient-ils pas d'enfants adultérins, pourraient se remarier et les enfants qui naîtraient ensuite viendraient aussi réduire la part de ceux du 1er lit.

La question peut être envisagée à un autre point de vue. Les enfants légitimes pourront avoir une fortune person-

(1) *J. Off.*, 19 février 1907, Chambre, *Déb. Parl.*, p. 377.

nelle provenant des biens qu'ils ont recueillis dans la succession de leur mère, le père en aura l'administration, il s'en servira pour entretenir son ancienne maîtresse et ses enfants adultérins. Mais, c'est là un abus qui se renouvelle fréquemment dans notre législation ; au cas de second mariage, en effet, l'époux remarié peut avoir une quote-part dans la succession de son 1er conjoint décédé et les biens du 1er conjoint iront grossir la part des enfants du 2e lit au détriment de ceux du 1er lit. Ce qui est parfaitement immoral.

Quoiqu'il en soit le législateur n'a pas voulu prendre en considération ces diverses situations.

Conclusion. — Les divers projets que nous avons maintenant examinés furent renvoyés à la Commission du Sénat ainsi que le projet Violette et Steeg voté à la Chambre des Députés. M. Maxime Lecomte a déposé un rapport fort documenté à la séance du 21 décembre 1911 (1). Il tient compte des diverses critiques adressées à la loi de 1907, mais il repousse dans son intégralité le projet voté à la Chambre. Après avoir fait un historique de la question, il indique le principe directeur de son projet. « On veut permettre la légitimation des enfants adultérins au moment du mariage subséquent, ce qui implique nécessairement une reconnaissance de paternité. Nous y consentons mais dans les limites que permettent le respect de l'institution du mariage et la protection de la famille. Nous voulons sauvegarder les droits des enfants légitimes, qui eux, sont sous l'égide de la présomption de l'article 312 et il ne faut pas oublier qu'on entend maintenir cette disposition comme on maintient celle de l'article 335. » Il démontre ainsi que

(1) *J. Off.*, Sénat, *Doc. Parl.*, 1912, n° 356, p. 83.

l'avait fait M. Louis Ollivier à la Chambre des Députés, tout le danger du projet de MM. Violette et Steeg « maintenir les dispositions du Code civil sur la présomption de paternité, sur les devoirs des époux, sur l'interdiction des enfants adultérins et laisser toute liberté au mari de proclamer une paternité adultérine pour donner à des enfants nés hors mariage tous les droits des enfants légitimes, constitue une innovation qui semble ne toucher qu'à un article du Code civil, mais qui est en contradiction avec l'institution du mariage, telle qu'elle a été établie par les auteurs de ce Code ».

Art. 1. — Les articles 313, 315, 316 et 331 du Code civil sont modifiés ainsi qu'il suit :

Il est ajouté au second paragraphe de l'article 313 la disposition suivante :

« Toutefois cet enfant sera tenu pour désavoué s'il a été légitimé par un nouveau mariage de sa mère ».

Art. 315. — « L'enfant né 180 jours au moins et 300 jours au plus après la dissolution du mariage de sa mère et légitimé par un nouveau mariage de celle-ci, ne pourra ensuite invoquer la disposition du 1er alinéa de l'article 312 pour se prétendre conçu des œuvres du précédent mari.

La disposition du 1er alinéa de l'article 312 ne peut être invoquée en faveur de l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de sa mère. »

Il est ajouté à l'article 316 la disposition suivante : « Sera tenu pour désavoué, l'enfant dont la filiation légitime ne résultant pas de son acte de naissance, n'aura pas été établie soit à la requête du mari ou de ses héritiers, s'ils se trouvent dans le cas prévu par l'article 317, soit contradictoirement avec la mère ou ses héritiers, à la requête

de la mère dans les 10 mois qui suivront la dissolution du mariage.

Art. 331, p. 1. — Les enfants nés hors mariage autres que ceux nés d'un commerce adultérin sont légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère, lorsque ceux-ci les ont légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront au moment de sa célébration. Dans ce dernier cas l'officier de l'état civil qui procède au mariage constate la reconnaissance et la légitimation dans un acte séparé.

P. 2. — Lorsqu'un enfant naturel aura été reconnu par ses père et mère ou par l'un d'eux, postérieurement à leur mariage, cette reconnaissance n'emportera légitimation qu'en vertu d'un jugement rendu en audience publique après enquête et débat en Chambre du Conseil, lequel jugement devra constater que l'enfant a eu depuis la célébration du mariage la possession d'état d'enfant commun.

P. 3. — Les enfants adultérins sont légitimés dans les cas suivants par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les reconnaissent au moment de la célébration du mariage dans les formes déterminées par le 1^er^ paragraphe du présent article.

1° Les enfants nés du commerce adultérin de la mère, lorsqu'ils sont désavoués ou tenus pour désavoués par le mari ou ses héritiers.

2° Les enfants nés du commerce adultérin du père ou de la mère, lorsqu'ils sont réputés conçus, d'après les présomptions établies par les articles 312 et 313 à une époque où le père ou la mère avait un domicile distinct en vertu de l'ordonnance rendue conformément à l'article 878 du Code de procédure civile, sauf en cas de réconciliation judiciairement constatée.

3° Les enfants nés d'un commerce adultérin du mari dans tous les autres cas, s'il n'existe pas au moment du mariage subséquent d'enfants ou de descendants légitimes issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu. Même au cas où existeraient des descendants légitimes, la légitimation pourra avoir lieu s'ils sont majeurs non interdits ou bien émancipés et s'ils déclarent par acte authentique ne pas s'opposer à la légitimation.

P. 4. — Toute légitimation sera mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.

Cette mention sera faite à la diligence de l'officier de l'état civil qui aura procédé au mariage, s'il a connaissance de l'existence des enfants, sinon à la diligence de tout intéressé.

Art. 2. — La loi du 7 novembre 1907 est abrogée.

Art. 3. — La présente loi est applicable à l'Algérie ainsi qu'aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

Dispositions Transitoires.

P. 1. — Pour les mariages antérieurs à la promulgation de la présente loi, il ne sera plus délivré d'expédition commune de l'acte de légitimation et de l'acte de célébration du mariage que dans les conditions déterminées par l'article 57 du Code civil.

P. 2. — Les enfants adultérins se trouvant dans les conditions prévues par les dispositions qui précédent et dont les père et mère auront contracté mariage avant la promulgation de la présente loi, pourront être de la part

de ceux-ci, dans le délai de 2 ans, à partir de cette promulgation, l'objet d'une reconnaissance qui emportera légitimation, dans les conditions prévues par la présente loi ».

En résumé le projet actuellement soumis à l'examen du Sénat comble les lacunes suivantes, que nous avons signalées au cours de notre étude.

1° Il permet la légitimation de l'enfant dont la légitimité a été contestée avec succès et dans certains cas il considère cette contestation de légitimité comme ayant eu lieu.

2° Il met la loi nouvelle en harmonie avec l'article 313, p. 2.

3° Il permet la légitimation de l'enfant né d'un homme marié 180 jours après l'ordonnance.

4° Il organise une légitimation *post nuptias*.

5° Il permet la légitimation de l'enfant né d'une femme libre et d'un homme marié, s'il n'y a pas d'enfants légitimes du 1er mariage ou si ceux-ci consentent à la légitimation.

6° Il dissocie l'acte de mariage et l'acte de légitimation.

Il n'a pas cru devoir prendre en considération un projet déposé le 15 juin 1911 par M. Reymonencq (1) tendant à dispenser de publication préalable la célébration de tout mariage entraînant légitimation d'enfant naturel, mais le rapporteur a promis d'enjoindre aux parquets d'accorder largement la dispense. D'un autre côté, il continue à sacrifier les droits du conjoint délaissé. Et son p. 3 voulant effacer en partie l'injustice qui résultait de la loi de 1907

(1) *J. Off.*, Sénat, *Doc. Parl.*, 1911, p. 841, n° 197.

introduit une nouveauté dont il serait téméraire de prévoir toutes les conséquences. « Il y aura encore des innocents frappés et ce n'est pas cette considération qui arrêtera les coupables, c'est vrai. Mais c'est la consécration indispensable du mariage, tel qu'il existe, qu'il faut maintenir dans ses conditions nécessaires ou qu'il faut franchement abandonner ».

La porte est donc largement ouverte aux réclamations ultérieures. On fera valoir qu'il est injuste de priver de la légitimation les adultérins dont l'auteur a des enfants légitimes, tandis qu'on accorde cette légitimation à ceux dont l'auteur est sans enfants légitimes ou dont les enfants consentent. On fera valoir qu'il est injuste de priver de la légitimité les adultérins dont un des auteurs est décédé et ce sont les plus à plaindre, tandis qu'on accorde toutes les faveurs à ceux qui ont encore leurs parents.

Et pour être logique il faudra aller jusqu'au bout :

Permettre la légitimation dans tous les cas où le mariage des parents est possible, qu'il y ait ou non des enfants légitimes, et il faudra aussi autoriser librement la reconnaissance dans les cas où les parents refuseront de s'épouser et ne le pourront plus par suite du décès de l'un d'eux.

Pour être logique encore, il faudra accorder le bénéfice de la légitimité aux malheureux dont les parents sont décédés sans les avoir reconnus ou qui par égoïsme refuseront de les reconnaître.

Ces solutions s'imposent et leur aboutissant nécessaire c'est l'égalité des enfants, c'est l'adoption pure et simple du projet Groussier. Et ce jour-là, l'institution du mariage, si elle subsiste encore dans nos Codes, ne sera qu'une vaine supercherie. Mais d'ici là, le divorce par

consentement mutuel ou par la volonté d'un seul sera probablement voté. Et alors, divorce par la volonté d'un seul, égalité des enfants, c'est l'Union Libre.

Mais pour éviter tous les inconvénients de la loi nouvelle, pour faire une réforme vraiment utile sans être dangereuse, il faut refondre l'ensemble de nos textes et faire aux enfants adultérins et incestueux, une situation totalement différente de celle qui leur a été faite par le Code.

C'est ce que nous tâcherons de démontrer dans notre conclusion.

CONCLUSION

Les résultats auxquels aboutit le système du Code civil et les efforts que la jurisprudence n'a cessé de faire pour se dégager de textes trop étroits ; les critiques justifiées que nous avons eu, à maintes reprises, l'occasion d'adresser à la loi, et les projets qui sont venus les sanctionner, démontrent qu'il est nécessaire de modifier cette partie de notre législation. Le système actuel est contraire à la raison et à la justice et nous n'hésitons pas à dire qu'il constitue un danger social.

Il est aujourd'hui admis que quiconque étend le champ d'application de son activité physique, industrielle, commerciale, s'engage par cela même à supporter les conséquences de ses actes. Par cela seul qu'il a causé un dommage à autrui, l'auteur en doit réparation alors même qu'il n'a commis aucune faute. Or, l'acte de la génération est créateur d'obligations, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il est intervenu. Celui qui prend la responsabilité de mettre un enfant au monde, s'engage à l'élever, jusqu'à ce qu'il soit en état de gagner sa vie, à le secourir s'il se trouve plus tard dans le besoin, ce sont là des devoirs imposés par la nature et qui tendent à la

conservation de l'espèce, nul ne doit pouvoir s'y dérober. On ne peut qu'apprécier sévèrement, une loi qui prive un être humain de toute protection et qui dégage aussi facilement un père de ses plus élémentaires devoirs.

Y a-t-il tout au moins un avantage à ce qu'il en soit ainsi ? Non, la crainte de l'enfant paria ne détournera pas l'homme égaré par la passion, aveuglé par des désirs insensés ; s'il a l'intention de mal faire, la perspective du sort cruel qui attend sa victime ne l'arrêtera pas dans ses desseins. La protection dont l'entoure la loi flattera son égoïsme, l'invitera à mal faire, car elle lui permettra de repousser avec mépris cet enfant, son enfant qui lui aussi a droit au pain et à l'amour. Le jour où l'homme le plus volage saura à quoi l'expose son infidélité ou son inconduite, le jour où il sera contraint d'endosser toute la responsabilité de ses actes, il y regardera à deux fois avant de violer la foi conjugale.

Quelle situation misérable la loi fait à l'enfant adultérin ! Abandonné par son père, il échappera difficilement aux maladies si nombreuses qui guettent l'enfance « la mortalité des enfants naturels dépasse dans des proportions à peine croyables celle des enfants légitimes. Tandis que celle de ces derniers n'est pas supérieure à 25 0/0, celle des enfants naturels a, dans certains départements, atteint la proportion de 95 0/0 (1) ». Nos lois sont donc bien mal faites puisqu'un être jeune et plein de vie en peut mourir !

Il grandira raillé par ses camarades, il trouvera difficilement à se marier, car une famille honnête ne le voudra pas parmi ses membres. Toute sa vie la tare de sa nais-

(1) *Réforme sociale*, 1er février 1902.

sance le suivra et lui rappellera qu'il est le fruit de la honte. La société n'a pas intérêt à maintenir cette condition anormale et irrégulière, il est à craindre en effet que cet enfant n'en arrive à mépriser une loi qui l'ignore et qu'il n'entre dans la horde des vagabonds et des repris de justice.

La société doit, au contraire, poursuivre le coupable, le forcer à réparer dans la mesure du possible les conséquences de sa faute.

D'ailleurs depuis la loi du 7 novembre 1907, il est impossible de ne pas procéder à cette réforme d'ensemble que la justice réclame à grands cris. Ne rien faire de plus, serait faire preuve d'une indifférence coupable, car cette loi sera dangereuse si elle n'est liée à une réforme totale de nos textes. Pour produire les excellents résultats qu'on est en droit d'attendre d'elle, cette loi ne doit point rester isolée, elle doit être suivie d'une réforme plus complète qui lui enlèvera le venin qu'elle contient. Cette loi, en effet, a créé entre les enfants dont la légitimation est possible et ceux, beaucoup plus nombreux, qui ne peuvent bénéficier de ses dispositions, une opposition très nette que les partisans de l'assimilation des enfants ne manqueront pas de mettre en lumière. Ceux dont les parents contractent mariage acquièrent la légitimité, tandis que ceux qui ont déjà eu le malheur de perdre un de leurs auteurs ou dont les parents refusent de s'épouser conservent à jamais leur situation misérable. Autrefois on comparait la situation des enfants adultérins à celle des enfants légitimes ou simplement naturels et on signalait les différences profondes et souvent injustifiables qui les séparent ; demain, et cela est plus grave, on comparera le sort des enfants adultérins légitimés, au sort de ceux qui ne peuvent l'être

et on déclarera qu'il est inadmissible de créer des catégories entre des individus affligés de la même tare. Cette critique sera d'autant plus justifiée que l'on a accordé toutes les faveurs aux privilégiés, à ceux qui ont encore leurs parents, tandis que l'on ne fait rien pour les plus délaissés. Or nous croyons avoir démontré que la loi de 1907 s'imposait, qu'il était inhumain de punir la victime en absolvant les coupables, qu'il était anti-social de considérer dans une même famille comme légitimes certains enfants, alors que leurs frères restent adultérins. Mais nous nous rendons nettement compte du danger que cette loi fait courir à la famille légitime et de l'argument irrésistible que peuvent en tirer ceux qui proclament l'égalité des enfants, qui nous conduirait à l'union libre. Pour enlever à cette loi une conséquence aussi néfaste, il faut mettre plus de logique dans l'ensemble de nos textes et refondre cette législation. Si l'on se contente de réformes partielles, si on se borne à améliorer de ci de là, le sort de ces malheureux, en les assimilant plus ou moins complètement, plus ou moins ouvertement aux autres, on accomplira une œuvre mauvaise. Ce replâtrage dissimulera mal les imperfections de l'édifice, en laissera subsister les vices fondamentaux, il sera dangereux, car l'opposition apparaîtra toujours plus vive entre les parties que l'on blanchira et celles qui conserveront leur caractère de vétusté ; on aura beau jeu pour dénonçer toutes ces injustices, parce qu'elles seront évidentes ; on accomplira des réformes successives sous la poussée des partisans de l'Union Libre, on minera toujours davantage la famille, jusqu'au jour où l'on proclamera en droit, cette assimilation qu'on aura accomplie en fait.

Si l'on ne veut pas que la loi de 1907 soit une étape

vers l'assimilation des enfants, il faut la compléter par un ensemble de mesures qui pailleront les injustices qu'inévitablement elle créé. Aussi approuvons-nous le projet que M. Maxime Lecomte vient de déposer au Sénat, nous désirons vivement qu'il acquière bientôt force de loi ; mais, nous pensons avec le rapporteur qu'il est impossible d'aller plus loin dans cette voie, à peine de compromettre l'institution du mariage. Ce projet, si étudié, pourtant, est impuissant à réparer les injustices que fait naître la loi de 1907, car après son adoption il y aura toujours des adultérins qui jouiront de toutes les faveurs d'une loi qui écrase les autres. Il faut donc chercher la solution dans un autre ordre d'idées, il faut améliorer le sort de ceux qui ne peuvent être légitimés, rendre leur situation moins terrible, afin que soit en partie comblé le fossé qui les sépare de leurs frères privilégiés, afin que la différence qui séparera les adultérins qui bénéficieront de la nouvelle loi et les autres soit moins effroyable, en un mot afin qu'elle soit justifiable.

Ceux qui réclament l'assimilation des enfants dans le but que l'on sait, ont déjà pour eux une logique apparente de nature à impressionner les esprits peu avertis, ne leur donnons pas de nouveaux arguments en créant des distinctions que nous ne saurions expliquer. « Est-ce que l'égalité existe entre deux frères, dit Emile de Girardin, tous deux fils du même père, mais l'un mis au monde par l'épouse, l'autre mis au monde par la maîtresse ?

Est-ce que cette flagrante inégalité peut longtemps subsister là où l'égalité politique a triomphé ? Est-ce que l'enfant de la nature est inférieur à celui de la loi ? » Certes, cette inégalité est un mal, mais elle est un mal nécessaire, elle doit subsister dans une société qui

comprend que la famille est un gage de liberté et de progrès ; mais elle ne doit pas être l'œuvre de la haine, elle ne doit exister que dans la mesure où l'intérêt social l'exige, au delà elle devient une injustice et un danger.

Pour résoudre ce grand conflit, qui divise les enfants adultérins et la famille légitime, il nous paraît nécessaire de jeter un rapide coup d'œil sur la législation allemande, nous trouverons dans les solutions qu'elle donne plus d'un enseignement.

Le droit allemand ne fait aucune distinction entre les enfants illégitimes, qu'ils soient naturels simples, adultérins ou incestueux, leur condition est la même. L'enfant est légitime vis-à-vis de sa mère et il est créancier de son père, à la condition toutefois d'être reconnu ou d'avoir établi sa filiation en justice. Il est légitime vis-à-vis de sa mère, c'est ce que nous dit l'article 1705 « l'enfant illégitime a, dans ses rapports avec sa mère et les parents de sa mère, la situation juridique d'un enfant légitime. » Pour établir sa maternité, il démontrera que la femme qu'il prétend être sa mère s'est accouchée d'un enfant et son identité avec cet enfant. Il prend le nom de sa mère (1706) son domicile (11) sa nationalité (loi du 1er juin 1870 article 3). Sa tutelle est confiée à un tuteur spécial chargé dans chaque commune des intérêts des enfants naturels, mais la mère peut être nommée tutrice si elle présente des garanties spéciales (1707). En tous cas, l'enfant pourra lui réclamer l'entretien, la nourriture, l'éducation (1601-1615) et lui devra des aliments s'il se trouve après sa majorité dans le besoin. Jusqu'à sa majorité, l'enfant ne peut contracter mariage sans l'autorisation de sa mère (1305). Il participe à sa succession au même titre

que les enfants légitimes et sa réserve est égale à la moitié de sa part héréditaire (2303).

Mais cet enfant reste étranger à son père (article 1589) « l'enfant illégitime et son père ne sont pas réputés parents ». Cependant, comme il convient de faire contribuer le père à l'entretien de l'enfant, le père pourra le reconnaître et l'enfant pourra établir sa paternité. Il lui suffira pour cela de prouver que l'individu a cohabité avec la mère à l'époque de la conception. « Est réputé père de l'enfant illégitime, celui qui a cohabité avec la mère à l'époque de la conception. Est réputée époque de la conception, l'époque entre le 181e et le 302e jour avant la naissance de l'enfant » (article 1717). Le prétendu père rejettera cette présomption en établissant qu'il n'a jamais cohabité avec la mère ou qu'il n'a pu cohabiter avec elle par suite d'une impossibilité ; il lui est également permis de se disculper en prouvant que la mère, pendant la même époque, a aussi cohabité avec d'autres et il devra dans ce cas indiquer nominalement ces personnes. Mais il ne se justifierait pas en déclarant que la mère menait une vie déréglée.

Si sa paternité est établie, il n'en résulte aucun lien de filiation entre lui et l'enfant « l'enfant illégitime et son père ne sont pas réputés parents. »

L'enfant n'entrera pas dans sa famille, ne sera pas soumis à sa puissance, n'aura pas droit à sa protection, ne participera pas à sa succession. Mais le père sera débiteur envers l'enfant d'une pension annuelle jusqu'à l'âge de 16 ans. Cette somme est fixée d'après les ressources de la mère et non d'après la fortune du père ; elle pèse sur ses héritiers, mais ceux-ci peuvent transiger. Le père peut faire d'ailleurs toutes libéralités à l'enfant et le légitimer

par un mariage subséquent ou par l'obtention d'un rescrit du prince.

Dans la pratique ce système fonctionne de la manière suivante : A la naissance de l'enfant le bureau de l'état civil avertit le juge des tutelles, celui-ci se rend auprès de la mère et l'interroge sur le père. Le père peut éviter les poursuites en fixant à l'amiable le taux de la pension, le scandale est ainsi évité car rien ne s'ébruite. S'il conteste sa qualité, le tuteur agira contre lui et le tribunal cantonnal (qui correspond à notre juge de paix) jugera l'affaire à huis clos.

Il se peut que la mère interrogée refuse de désigner le père ; si ses ressources sont suffisantes pour élever l'enfant, le juge arrêtera là ses investigations, sinon il nommera la mère tutrice avec charge de rechercher le père et son refus lui ferait encourir une pénalité.

Ce système est bien supérieur au nôtre, puisqu'il ne laisse pas l'enfant adultérin ou incestueux sans protection, et qu'il atteint le père coupable. Cependant on peut lui adresser plusieurs critiques ; le prétendu père est insuffisamment protégé ; l'inconduite notoire de la mère devrait le disculper entièrement. Il a également le tort de ne créer aucun lien de parenté entre le père et l'enfant ; l'enfant ne doit pas être un étranger pour l'homme qui l'a engendré et celui-ci ne doit pas en être quitte envers lui en payant quelques modiques mensualités ; il est également injuste de laisser à la femme tout le poids du déshonneur que fait naître la faute. Mais inversement le droit allemand nous paraît tomber dans l'exagération en rendant l'enfant légitime vis-à-vis de la mère, c'est imposer l'enfant à une famille qui ne veut pas de lui.

Le droit allemand a donc réalisé un sérieux progrès

sur notre législation, mais il ne nous paraît pas concilier suffisamment les deux idées en présence. Il faut protéger l'enfant, en imposant à ses deux auteurs des obligations égales, puisqu'ils ont partagé la responsabilité de le mettre au monde, mais il ne faut pas porter atteinte à la famille légitime.

Nous trouvons dans un article de M. Ambroise Colin (1) une distinction qui nous paraît concilier harmonieusement les intérêts opposés. La situation de l'enfant doit être envisagée à un double point de vue. Elle tient tout d'abord au fait physique de la procréation, à la communauté de sang, c'est-à-dire, à la nature même des choses. Quelle que soit l'union dont il est issu, l'enfant est uni à ses auteurs par un lien naturel indéniable, supérieur à toute loi positive. Quel que soit son désir de réglementer la conception, la loi ne peut pas supprimer ce lien et si elle le méconnaît elle viole une règle qu'elle n'a pas établie et qu'il n'est pas en son pouvoir de modifier. Or cette parenté naturelle est par elle-même génératrice d'obligations qui sont inhérentes à elle, qui découlent nécessairement de son existence même. Puisque tous les enfants, sans exception, sont reliés à leurs auteurs par la communauté du sang, ils doivent tous participer aux liens de parenté qui dérivent de la procréation.

Mais la loi civile a réglementé les unions, elle a créé le mariage dont elle fait à juste titre la base de la famille, qu'elle organise pour le plus grand profit de l'individu et de la société. Pour maintenir l'union légale et la favoriser, la loi l'a entourée de droits et d'obligations inhérentes à son bon fonctionnement. Seuls les individus qui sont nés con-

(1) *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1901.

formément aux règles qui régissent ce groupement doivent être soumis aux obligations qu'il crée et jouir des droits qu'il confère.

Cette distinction, toute logique, étant admise il nous est facile de décrire la situation des enfants adultérins et incestueux au double point de vue de la filiation et de la condition. Puisque les enfants sont unis à leurs auteurs par un lien naturel indépendant de la loi, tous doivent être admis à établir l'existence de ce lien et ils doivent avoir à leur disposition les mêmes moyens de preuve.

L'enfant adultérin comme l'enfant légitime doit pouvoir démontrer sa filiation tant maternelle que paternelle. Il s'agit en effet de soumettre les auteurs à des obligations qui sont de l'essence même de la procréation et en bonne logique, on ne voit pas pourquoi la preuve serait permise dans un cas et refusée dans l'autre, ou serait entourée de plus grosses dilficultés, puisque le fait à prouver est absolument le même dans les deux hypohèses. L'enfant adultérin ou incestueux peut donc établir sa filiation maternelle, il démontrera que la femme qu'il se donne pour mère a eu un enfant et qu'il y a identité entre cet enfant et lui. Il fera cette preuve au moyen de son acte de naissance, de la possession d'état constante et interrompue et s'il n'a ni l'un ni l'autre il invoquera la preuve testimoniale jointe à un commencement de preuve par écrit ou à des présomptions et indices graves. S'il agit contre une femme libre son action aura pour résultat de le classer parmi les naturels simples ; s'il agit contre une femme mariée, la famille légitime est suffisamment protégée par l'action en contestation de légitimité. Tout intéressé pourra par toutes espèces de moyens démontrer que le mari n'est pas le père de cet enfant, il sera dès lors déclaré adultérin.

En somme et dans cette hypothèse nous admettons l'action en recherche de maternité, alors même qu'il résulte des circonstances de la cause et des faits invoqués que la filiation est adultérine, tandis que la jurisprudence actuelle rejetterait une telle action.

L'enfant pourra aussi établir sa filiation paternelle, il en sera ainsi lorsqu'il sera désavoué par le mari, lorsque né d'une femme libre il recherchera son père dans la personne d'un homme marié. Il pourra user d'aveux émanés du père et contenus dans des lettres ou dans des écrits quelconques, il pourra invoquer la possession d'état ou même la preuve testimoniale appuyée sur un commencement de preuve par écrit. Le juge devra acquérir la conviction intime que l'homme désigné est bien le père de l'enfant. Quel que soit le nombre et la valeur des preuves apportées par l'enfant, le juge ne sera jamais obligé de prononcer la paternité, d'ailleurs l'individu poursuivi pourra toujours se disculper en prouvant qu'il n'a pu pour une raison quelconque cohabiter avec la mère à l'époque de la conception, en démontrant qu'à cette même époque la mère a eu des relations avec d'autres, ou qu'elle avait une inconduite notoire.

Quelle condition cette preuve va-t-elle donner à l'enfant? Il sera uni par les liens de la parenté à l'auteur contre lequel il a agi avec succès, mais il ne fera pas partie de sa famille. Son action a eu pour résultat de démontrer qu'un lien naturel, qu'une communauté de sang l'unit à son auteur et cela suffit pour faire naître les liens de parenté qui en dérivent forcément; mais son action a eu aussi pour résultat de démontrer qu'il est né contrairement aux règles qui organisent la famille et cela suffit pour le priver des droits qui dérivent de l'existence de la famille.

Quels seront alors les droits qu'il pourra invoquer et quels seront ceux dont il ne pourra pas bénéficier ? Il y aura tout d'abord entre lui et ses auteurs un empêchement au mariage, car cet empêchement fondé sur l'utilité physiologique et sur l'éternelle morale n'est pas une création du législateur, il existe indépendamment de sa volonté. Nous ne verrons plus alors les tribunaux être obligés de violer la loi pour faire respecter un principe aussi peu discutable. L'auteur sera tenu de nourrir, d'élever et d'entretenir son enfant ; il sera tenu de lui fournir des aliments si plus tard il se trouve dans le besoin, car l'obligation alimentaire apparaît comme le prolongement de l'obligation d'entretien. Ces obligations, en effet, sont imposées par la nature même à tous ceux qui mettent un enfant au monde, car elles ont pour but la conservation de l'espèce. Et alors, les tribunaux ne seront plus obligés de mentir pour accorder à l'enfant le pain auquel il a droit. L'action sera plus largement admise en faveur de l'enfant et de plus il pourra réclamer des aliments si plus tard ses ressources ne suffisent plus à le faire vivre. Et l'article 764 disparaîtra de notre Code en obligeant le père à donner à l'enfant une situation conforme à son rang social.

L'article 908 disparaîtra aussi, l'enfant pourra recevoir de son auteur toutes libéralités n'excédant pas la quotité disponible ; cette disposition, œuvre de la haine doit disparaître dans une législation qui s'appuira sur la logique ; l'enfant qui est uni à son père par les liens de la parenté, doit pouvoir recevoir de lui au moins autant qu'un étranger.

Il jouira donc des droits que la nature accorde à tout être vivant, mais il ne fera pas partie de la famille de ses auteurs. Il ne sera pas soumis au droit de puissance et

d'autorité ; ces droits ont été créés par le législateur pour rendre fort le groupement familial ; ils ont pour but d'assurer au chef le respect qui dérive du pouvoir ; or l'enfant adultérin vit en dehors de ce groupe et ne peut y être admis.

Les parents n'auront ni le droit d'administration ni la jouissance légale sur les biens de l'enfant, car ce sont là les attributs de la domination qu'ils exercent et à laquelle l'enfant n'est point soumis.

Il ne portera pas le nom de son auteur, car le nom signe distinctif du groupe est la propriété de la famille tout entière. Enfin il ne participera pas à la succession *ab intestat* de ses auteurs. Cette vocation, en effet, est, nous l'avons vu, basée sur la copropriété familiale, ceux qui y sont appelés sont considérés comme copropriétaires de leur auteur vivant et ils viennent à sa succession bien moins en vertu d'un droit nouveau que d'un droit ancien qu'ils avaient en expectative du vivant de leur auteur et qui produit ses effets à sa mort.

L'enfant adultérin ne peut par une reconnaissance volontaire être admis dans la famille. Sa naissance, en effet, est un défi jeté à la loi civile et à la loi morale ; la volonté de l'auteur serait impuissante à le faire pénétrer dans la famille, car sa naissance a violé les règles les plus formelles de l'organisation de ce groupe.

Cependant de puissantes raisons sociales et morales permettent de l'élever au rang des enfants légitimes par le mariage subséquent.

Par conséquent et en résumé : l'enfant adultérin ou incestueux pourra par une recherche en justice établir sa filiation maternelle et paternelle. Il jouira aussi des droits de parenté mais il ne pourra bénéficier des droits de famille.

Ce système nous paraît concilier pleinement les deux ordres d'idées dont nous avons vu la perpétuelle opposition au cours de notre étude. Il assure à l'enfant le respect de ses droits et ne le laisse pas isolé dans là vie et livré au hasard des circonstances ; il sauvegarde intégralement les intérêts de la famille en rejettant de son sein l'enfant né contrairement à ses lois et en le privant des bienfaits qu'elle procure.

Mais ce système ne sera complet qu'à la condition d'étendre aux enfants adultérins et incestueux la loi du 2 juillet 1907 qui organise la tutelle des enfants naturels. La protection que l'enfant ne peut demander à son père sera exercée sous le contrôle de l'autorité judiciaire par un tuteur nommé par le tribunal.

Tel est le système auquel nous nous rallions et il nous paraît en pleine conformité avec les idées que nous avons énoncées au début de cette étude.

Il y a sur beaucoup de points une rupture d'équilibre entre nos vieilles institutions et les besoins nouveaux qu'impose le changement de nos mœurs. L'étude de la situation des enfants adultérins et incestueux a été une illustration de cette idée ; nous avons vu que le système institué par le Code n'est plus harmonie avec les idées nouvelles et l'évolution de la jurisprudence nous montre le bien fondé de cette assertion. Quelques esprits absolus profitent de ces changements dans les mœurs pour demander la démolition de l'édifice social et sa reconstruction sur des bases entièrement nouvelles. Ils critiquent le mariage et réclament l'assimilation de tous les enfants, ce qui serait la ruine de la famille. La loi de 1907 est un signe des progrès qu'ils accomplissent ; ils s'emparent de toutes les faiblesses de notre législation pour nous orien-

ter toujours davantage vers la société qu'ils rêvent. Or nous préférons maintenir l'édifice et le réparer et dans notre hypothèse cela consiste à améliorer le sort des enfants adultérins ou incestueux sans toucher à la famille, pour enlever à ses adversaires un de leurs moyens.

Il faut perfectionner nos institutions, afin de les conserver en enlevant tout crédit aux arguments de ceux qui proclament leur faillite.

Le mariage est notamment l'objet de violentes attaques, car il est la pierre angulaire de notre société. Il est incontestable qu'il est la source de plusieurs abus et nous avons signalé une injustice qui résulte de son fonctionnement. Remédions aux abus et supprimons l'injustice et nous conserverons un mariage plus pur, plus perfectionné, plus en harmonie avec nos aspirations. « Législateurs, disait Portalis, les familles sont la pépinière de l'Etat et c'est le mariage qui forme les familles. »

Vu le 18 avril 1912,
le président de la commission,
G. RIPERT.

Vu, le Doyen,
G. BRY.

Vu et permis d'imprimer, 22 avril 1912,
Le Recteur
de l'Académie d'Aix,
J. PAYOT.

BIBLIOGRAPHIE

—

Acolas. — *L'enfant né hors mariage*, Paris, 1870.

Aguesseau (d'). — *Dissertation sur les bâtards*, VII, Paris, 1819.

Allemand. — *Du mariage*, 1853.

André. — *Œuvre du droit révolutionnaire en matière de filiation naturelle*, Nancy, 1906.

Ambroise Colin. — *De la protection de la descendance illégitime au point de vue des preuves de la filiation.* Revue trimestrielle de Droit civil, 1901, pp. 257 et suiv.

Ayrenx. — *La condition juridique de la famille illégitime dans le droit intermédiaire*, Toulouse, 1908.

Baret. — *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger*, Paris, 1872.

Bulletin de la Société d'études législatives, 1910-1911-1912.

Crémieux. — *Des preuves de la filiation naturelle non reconnue.* Thèse, Paris, 1907.

Griveaud. — *De la reconnaissance volontaire des enfants naturels*, Dijon, 1909.

Piton. — *Des enfants adultérins et incestueux*, Paris, 1902.

Raymond. — *De la légitimation des enfants adultérins et incestueux depuis la loi du 7 novembre 1907.* Thèse, Bordeaux, 1908.

Roux Adrien. — *De la condition juridique des enfants naturels dans le Droit civil allemand*, Paris, 1902.

Revue critique de législation, 1909.

Taudière. — *Les enfants nés hors mariage d'après les lois des 2 juillet et 7 novembre 1907* ; Bulletin, *Commentaires et lois nouvelles*, 1908.

TABLE DES MATIÈRES

—

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE. — Leur filiation.

CHAPITRE I. — De la reconnaissance volontaire . . . 9

Section I. — La reconnaissance est interdite. . 9

Section II. — Caractère de la nullité 20

CHAPITRE II. — De la recherche en justice 30

Section I. — Recherche de la paternité . . . 31

Section II. — Recherche de la maternité. . . 38

Section III. — De la possession d'état 45

CHAPITRE III. — La jurisprudence 52

Section I. — Validité des promesses d'aliments contenues dans des actes sous seing privé de reconnaissance 55

Section II. — Dommages-intérêts accordés à la fille séduite. 61

Section III. — Nullité des libéralités contenues dans des actes authentiques de reconnaissance. 66

Section IV. — Application à notre matière des articles édictant les empêchements au mariage. 70

CHAPITRE IV. — Cas où la filiation est légalement établie. 75

Pages

DEUXIÈME PARTIE. — Leur situation.

CHAPITRE I. — La famille de l'enfant 93
CHAPITRE II. — La protection de l'enfant 100
CHAPITRE III. — Les droits de l'enfant 115
Section I. — Droit aux aliments 121
Section II. — Incapacité de recevoir au delà . . 146

TROISIÈME PARTIE. — La légitimation.

CHAPITRE I. — Sous le Code civil 160
CHAPITRE II. — Essais de réforme 171
CHAPITRE III. — Loi du 7 novembre 1907 182
Section I. — Travaux préparatoires 182
Section II. — Portée de la loi 195
Section III. — Critique de la loi et projets de réforme. 242
CONCLUSION 265
BIBLIOGRAPHIE 281

Imprimerie BUSSIÈRE. — Saint-Amand (Cher).